

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

JOSÉ BORGES TEIXEIRA JÚNIOR

A gratuidade de acesso nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e sua influência sobre o acesso à justiça: uma análise econômica do Direito

VITÓRIA/ES

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

JOSÉ BORGES TEIXEIRA JÚNIOR

A gratuidade de acesso nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e sua influência sobre o acesso à justiça: uma análise econômica do Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA/ES

2018

JOSÉ BORGES TEIXEIRA JÚNIOR

A gratuidade de acesso nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e sua influência sobre o acesso à justiça: uma análise econômica do Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

_____ em ____ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr.
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Fernando Estevam Bravin Ruy
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Cristiano Rosa de Carvalho
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Não há muito o que pensar, tampouco decidir. Este trabalho é dedicado aos meus: Rutica, Ninha e Aleixa. Eu sou porque vocês são.

AGRADECIMENTOS

Ninguém existe sozinho e um trabalho como uma dissertação de mestrado é, como deve mesmo ser, o fruto de várias mãos e de contribuições das mais variadas.

É evidente, como não poderia deixar de ser, que muitos agradecimentos devo àqueles que me apoiaram a todo momento: minha mãe, pelas leituras esforçadas do trabalho, minha irmã, por me mostrar que não só eu não estava ficando louco mas tem gente muito mais fanático na “guarda da moral e dos costumes”, minha avó, pelo carinho e atenção de tantos anos a fio e a meu pai (*in memorian*), por tudo que representa no meu caráter e na minha formação.

Esse trabalho também jamais teria sido possível sem a mão carinhosa e o olhar paciente (muito paciente!) de Maiara, que nunca se furtou a ouvir e sempre se pôs, mesmo quando o momento não era o melhor ou que as vicissitudes da vida se colocassem contra, a ser uma legítima coautora dessas humildes linhas.

Aos colegas do trabalho que foram parceiros dessa jornada, cedendo noites e finais de semana (quantos finais de semana...) para que, enquanto um se dedicava à academia, o verdadeiro destinatário desta dissertação, o jurisdicionado, não ficasse desassistido.

Aos colegas do mestrado que ao longo dessa trajetória gentilmente se dispuseram a ler e reler quaisquer impropriedades que meu computador fosse capaz de imprimir (obrigado Michelle e Daíne!).

Aos meus grandes amigos, de quem tanto me vi forçado a distanciar nos últimos tempos, que compromissos outros me impediram de ter maior contato e que, mesmo assim, a cada ligação, a cada mensagem, a cada xingamento, a cada “meme” e a cada “spoiler” sempre mostram que vocês sempre serão meus parceiros eternos de jornada: Leo, Fred, Arthur, Zé Luiz e tantos outros, de grupos de jogo ou não, cujo prazer da companhia não tenho podido usufruir como eu deveria. Muito obrigado!

Os acertos deste trabalho credito todos a vocês, inspiração e alegria da minha vida.

Os erros, esses sim, são exclusivamente meus.

“Study hard what interests you the most in the most undisciplined, irreverent and original manner possible”. Richard Feynman.

“Toda nossa ciência, comparada com a realidade, é primitiva e infantil e, no entanto, é a coisa mais preciosa que temos”. Albert Einstein.

RESUMO

A presente dissertação visa analisar os efeitos da gratuidade de acesso no âmbito dos juizados especiais cíveis, com atenção especial à experiência dos juizados especiais cíveis da cidade de Vitória/ES, em especial sob a ótica da decisão da parte autora de ingressar (e de se manter) em litígio, de realizar a autocomposição ou mesmo de buscar quaisquer outros métodos alternativos de solução de disputas presentes no direito positivo brasileiro. Partindo de uma análise própria ao construtivismo lógico-semântico para a formação de bases de teoria do direito e em particular da teoria da norma jurídica, o trabalho entrega ao leitor uma teoria da interpretação que se separe da teoria da decisão à luz da direção de ajuste do discurso, analisando sob sua ontologia a interpretação sem, todavia, abandonar a importância do método científico, entregando, enfim, um exemplo de discurso científico da interpretação jurídica, materializado na análise econômica do direito, com a qual se constrói uma modelagem da decisão de litigar sob a sombra dos juizados especiais cíveis, não sem antes realizar uma revisão da literatura dos últimos 40 anos da análise econômica do processo civil, passando do modelo básico de “Posner-Landes-Gould” até o acréscimo de complexidades, como a aversão ao risco, o comportamento estratégico e o excesso de otimismo. Enfim, o trabalho põe em teste, através de pesquisas qualitativas e quantitativas, a modelagem realizada, certificando-se do seu potencial preditivo, à luz dos resultados obtidos no campo de análise empírica de Vitória e do Estado do Espírito Santo, certificando-se de que os resultados sejam, na melhor medida possível, rigorosamente comentados e as falhas preditivas do modelo (bem como seus méritos), devidamente identificadas. Enfim, propõe-se a possibilidade de dois desenhos alternativos de normas jurídicas e os futuros estudos capazes de obter maiores dados e evidências acerca do objeto de estudo.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze the effects of the gratuity of justice in the special civil court scope, focusing specially on the special civil court experience in the city of Vitória/ES, particularly under the optics of the plaintiff's decision of entering (and remaining) in litigation, of settling or even to seek any other alternative means of resolution of existing disputes in the Brazilian positive law. Based upon an analyses particular to the logic-semantic constructivism regarding the formation of the theory of law basis, in particular to the theory of the legal norm, the work renders the readers a theory of interpretation, which distinguishes itself from the theory of the decision in the light of the discourse direction of fit, analyzing the interpretation under its ontology, yet, not forsaking the scientific method relevance, delivering, at last, an example of scientific discourse of the legal interpretation, substantiated in the law and economics analysis, with which a decision shaping of litigating under the shadow of the special civil court is built, but not before performing a literature revision from the last 40 years of law and economic analysis of the civil procedure, throughout the basic model of "Posner-Landes-Gould" Until the addition of complexities such as the risk aversion, the strategic behavior and the over optimism. In short, the work tests the performed modeling through qualitative and quantitative research, ascertain its predictive potential, in the light of results obtained in the empiric field of analysis of the city of Vitória and the state of Espírito Santo, ensuring that the results are, accurately as possible, strictly commented and the predictive failures of the model (as well as its merits), properly identified. At last, the possibility of two alternative drafts of the legal norm and the future studies capable of obtaining greater data and evidence regarding the object of study is proposed.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Faixa etária dos entrevistados	149
Gráfico 2	Grau de escolaridade dos entrevistados	149
Gráfico 3	Renda familiar declarada dos entrevistados	150
Gráfico 4	Número de ações por entrevistado	151
Gráfico 5	O motivo do litígio segundo a percepção do entrevistado	152
Gráfico 6	O objetivo do litígio segundo a percepção do entrevistado	153
Gráfico 7	O grau de otimismo do entrevistado com o êxito do litígio	154
Gráfico 8	O valor do julgamento esperado pelo entrevistado	155
Gráfico 9	O valor máximo de despesas de ingresso admitido pelo entrevistado	156
Gráfico 10	O valor máximo de verbas sucumbenciais admitida pelo entrevistado	158
Gráfico 11	Tempo de solução do litígio estimado pelo entrevistado	159
Gráfico 12	Conhecimento do entrevistado sobre as agências reguladoras	160
Gráfico 13	Juizados Especiais Cíveis vs. Meios Extrajudiciários de Solução de Conflitos	161
Gráfico 14	Cenário recursal	162
Gráfico 15	Cruzamento de respostas custas de ingresso vs renda familiar	170
Gráfico 16	Cruzamento de respostas principal motivação vs meios alternativos	181
Gráfico 17	Cruzamento de respostas objeto da ação vs meios alternativos	181

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.	11
2.	NOÇÕES ESSENCIAIS PARA A TOMADA DE UMA POSIÇÃO ANALÍTICA.	18
2.1.	O DIREITO ENQUANTO OBJETO DE CULTURA.	19
2.2.	O DIREITO E A LINGUAGEM. BREVES NOTAS DE SEMIÓTICA.	21
2.3.	CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NORMA JURÍDICA.	23
2.4.	A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS DE ACORDO COM A PROPOSTA DE TRABALHO.	29
3.	ACERCA DA INTERPRETAÇÃO E DA DECISÃO. O CONTEÚDO SEMÂNTICO DAS NORMAS JURÍDICAS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENQUANTO MÉTODO.	36
3.1	NOÇÕES FUNDAMENTAIS CONCERNENTES AO PROCESSO COMUNICACIONAL.	38
3.2.	A INTERPRETAÇÃO ENQUANTO ONTOLOGIA. POR UM DISCURSO CONCILIADOR.	41
3.3.	INTERPRETAÇÃO E DECISÃO. UM CELEUMA NA DOUTRINA JURÍDICA. A DIFERENCIAÇÃO PELA DIREÇÃO DE AJUSTE DO DISCURSO.	47
3.4.	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENQUANTO MÉTODO INTERPRETATIVO.	56
4.	A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA. O MODELO DA DECISÃO DE LITIGAR NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.	73
4.1.	O MODELO BÁSICO	73
4.2.	QUADROS ALTERNATIVOS.	87

4.2.1.	Problemas de Barganha (<i>hard bargaining</i>).	88
4.2.2.	Expectativas divergentes, otimismo mútuo e o valor do precedente enquanto capital jurídico.	92
4.2.3.	A alocação dos custos de litígio e as diferenças entre as regras americana e britânica.	103
4.2.4.	As diferenças entre os incentivos privados e os incentivos sociais para litigância e o problema da litigância frívola.	108
4.2.5.	O fator tempo como influenciador da decisão de litigar ou negociar.	114
4.3.	O MODELO DE LITIGÂNCIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.	125
5.	ANÁLISE EMPÍRICA DA DECISÃO DE LITIGAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.	130
5.1.	O ACESSO A JUSTIÇA E O SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.	131
5.2.	AS CONSEQUÊNCIAS DA GRATUIDADE SEGUNDO A MODELAGEM DA DECISÃO	136
5.3.	A PESQUISA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DE VITÓRIA/ES.	146
5.3.1.	Apresentação dos resultados.	148
5.3.2.	Discussão dos resultados.	164
5.4.	UMA PROPOSTA ALTERNATIVA DE CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA DE ACESSO AOS JUIZADOS.	183
6.	CONCLUSÃO	194
7.	BIBLIOGRAFIA	199

1. INTRODUÇÃO.

SHAKESPEARE advogava a morte de todos os advogados afirmando, certa vez, que a primeira coisa a fazer seria que se matassem todos eles. Talvez, se vivo estivesse, não teria limitado a frase de seu açougueiro na peça *Henrique VI* apenas a esses, mas sim a todos os profissionais do Direito.

A verdade é que, vivos ou mortos, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) provenientes do 14º Relatório Justiça em Números, de 2018, a demanda da população brasileira por esses mesmos operadores do Direito nunca foram tão evidentes e sua participação na vida cotidiana do cidadão, tão manifesta¹.

No ano de referência do relatório (2017), o Poder Judiciário brasileiro julgou 80,1 milhões de processos, de todas as naturezas e origens, sendo que, desse número, 29,1 milhões se referem a novas ações propostas. No mesmo período foram baixados (*i.e.*, efetivamente remetidos ao arquivo) uma montanha de 31 milhões de processos.

No âmbito dos juizados especiais, foram 4.916.093 novos processos, sendo que, desses, 3.708.805 foram casos não criminais. Se somados aos ingressos não criminais ajuizados diretamente nas Turmas Recursais, o número passa a aumentar em 19.279 novos casos. O volume de processos baixados foi de 5.702.340 processos.

Ainda assim, no período acumulado entre 2009 e 2017, houve um acréscimo de 31,9% no número absoluto de processos, ou seja, um aumento de 19,4 milhões de processos.

Evidentemente, os processos não se concluem sozinhos e, para isso, há um custo envolvido.

O gasto do Poder Judiciário no ano de 2017 foi a cifra de R\$90.846.325.160,00², segundo o relatório acima indicado.

Um valor de R\$434,67, aproximadamente, para cada homem ou mulher residente no Brasil no mesmo ano de 2017, o que representa ainda um custo de R\$1.134,16 por cada processo em tramitação.

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2019.

² O que representa, para fins de referência, 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) do País o mesmo período.

Melhor elucidando, a proposta de orçamento para o ano de 2017 do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (Projeto de Lei n.º 293/2016) contemplou uma despesa total de R\$1.113.708.359,00.

Deste montante, advirão exclusiva e diretamente do tesouro do erário estatual o valor de R\$948.244.359,00, correspondentes a 85,14% do total, ao passo que o montante remanescente (R\$165.264.000,00) sairá de arrecadações próprias do Poder Judiciário, a saber, as custas judiciais e emolumentos.

Alto ou baixo que seja o custo por processo ou por habitante, a realidade exibida através do relatório é a de que, por exemplo, na Justiça Estadual – foco desta dissertação, o que se infere já pelo título – o tempo médio que transcorre do início ao final da fase executória de um processo judicial é de 7 anos e 5 meses, na justiça comum e, no caso dos juizados especiais, cravados 4 anos.

O quadro, ao que parece, não é alentador. Ao contrário, demonstra a existência de uma situação em que, para uma população aproximada de 209 milhões de pessoas, em média, a cada grupo de 100.000 desses habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017.

A questão que se põe é a seguinte: o que leva uma pessoa a buscar o Poder Judiciário com o objetivo de levar uma pretensão a ser resolvida por esse sistema? Como se dá a tomada dessa decisão?

Como visto, agora tratando exclusivamente dos juizados especiais cíveis, o ingresso de um processo de conhecimento qualquer implica um comprometimento de tempo, esforço e quiçá recursos, por um tempo aproximado de 4 anos.

Uma vez que para a solução de conflitos existem outras vias possíveis de serem seguidas pela população, como a autocomposição (o acordo extrajudicial), o recurso a agências reguladoras de serviços fiscalizados pelo Poder Público, a arbitragem ou canais de intermediação entre consumidores e fornecedores (v.g., a plataforma consumidor.org, da Secretaria Nacional do Consumidor) e outros, o que leva a uma demanda tão acentuada pelos serviços do Poder Judiciário?

Quando se mira nos dados relativos à autocomposição no Poder Judiciário, vê-se que de fato há uma tendência monótona da população brasileira de eleger para a solução de seus conflitos a intervenção direta do poder estatal através do Estado-juiz, havendo um índice de acordo no sistema dos juizados especiais cíveis, por exemplo, de 18% dos processos³.

Outros trabalhos empíricos realizados apontam na mesma direção, como o artigo de FERNANDO CÉSAR NIMER MOREIRA DA SILVA, sobre a conciliação na justiça comum cível de São Paulo, que encontrou dados relativamente similares (22% de conciliação)⁴.

Por que o litígio se parece mais atrativo diante das alternativas postas pelo Direito Positivo à escolha do cidadão e mais, por que uma vez ajuizada a ação, há uma persistência entre os envolvidos em não solucionar a lide de modo consensual?

Há muito a doutrina jurídica vem buscando encontrar uma (ou várias) respostas para o problema, sendo certo que, em especial no campo das ciências humanas e sociais aplicadas, o desvendar de uma causalidade (e não mera correlação) pode se mostrar, dada a complexidade do objeto de estudo, especialmente difícil.

Por exemplo, IVO TEIXEIRA GICO JR. já veiculou uma série de artigos na esteira de sua tese de doutorado em economia na Universidade de Brasília (UNB) apontando uma série de causas para o problema⁵, como a falência do que ele chamou de “capital jurídico” brasileiro em razão da insegurança jurídica causada por uma jurisprudência vacilante – em todos os graus e instâncias – e o baixo custo para o acesso ao Poder Judiciário e para a manutenção de um processo, em especial diante do benefício da justiça gratuita, o qual, no âmbito dos juizados especiais cíveis, como se sabe, é a regra, e não a exceção, como ocorre no campo da justiça comum⁶.

Este trabalho busca exatamente realizar uma contribuição para esse tema, em uma análise bastante específica: a influência da gratuidade de acesso e exercício do direito de ação nos juizados especiais cíveis sobre a decisão de litígio dos cidadãos.

³ Por outro lado, apenas a título de elucidação, a literatura especializada aponta que, nos Estados Unidos da América, o índice de acordos é de 81,1% dos processos ajuizados, percentual esse que atinge a monta de 87,6% na Inglaterra (HUGHES, James W. e SNYDER, Edward. Allocation of litigation costs: American and English rules. In: **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. Vol. 3. London: Macmillan Reference Limited, 1998. p. 55).

⁴ DA SILVA, Fernando Cesar Nimer Moreira. Conciliação Cível em Primeira Instância em São Paulo: perspectiva da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, vol. 2, n.º 1, 2011.

⁵ Vide *De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça*, em coautoria com HENRIQUE ARAKE.

⁶ Quando se analisa dados exclusivamente de ações movidas no sistema dos juizados e por pessoas naturais, como fez FÁBIO TENENBLAT no âmbito dos juizados especiais federais, o número se mostra ainda mais significativo, com 62,71% das ações de sua amostra tramitando em gozo do benefício da gratuidade (Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XV, n.º 52, 2011. p. 31).

Como cediço, toda a gratuidade de acesso ao Poder Judiciário prevista no sistema de direito positivo brasileiro destina-se à satisfação de um direito fundamental dito de “primeira dimensão”, qual seja, o direito de ação, de buscar a tutela jurisdicional do Estado-juiz diante de uma pretensão fática ou juridicamente resistida.

Ocorre que ao mero direito de ação agregou-se, por expressa vontade constitucional, uma série de outras prerrogativas ao cidadão que se vale deste direito, como, por exemplo, o acesso à justiça (que, dentre outros deveres, obriga a pulverização de unidades judiciárias pelo território, colocando os órgãos judiciários fisicamente próximos ao povo) e a razoável duração do processo (que inevitavelmente exige um aparato judiciário – técnico e humano – capaz de pôr fim às demandas ajuizadas em tempo adequado).

Tais prerrogativas foram todas veiculadas na esteira dos movimentos iniciados na década de 1970 destinadas a ampliar o acesso à justiça, com base nas reformas “em ondas” propostas por MAURO CAPELETTI e BRYANT G. GARTH, retirando-se as chamadas barreiras do custo do litígio (o que envolveria prioritariamente as cortes de pequenas causas, as *small claims*)⁷.

No caso do Brasil e em especial dos juizados especiais cíveis, a fundamentação declarada para sua instituição durante a Assembleia Nacional Constituinte foi – exatamente como preconizado pela primeira “onda” de reformas no acesso à justiça – de ampliar a capilaridade do Poder Judiciário à população, com a abertura prevista de várias unidades pelo País. Com a gratuidade, possibilitar um acesso irrestrito à população e, enfim, com um procedimento expedito, mitigar, para uma série de demandas, a morosidade do Poder Judiciário (sim, nos idos de 1988 essa já era uma reclamação da população)⁸.

Apesar de todas as boas intenções do legislador constituinte, tem-se que, 30 anos depois, como desiludidamente afirma IVO GICO JR., os procedimentos foram simplificados, cortes especiais foram criadas, sistemas de defensoria pública foram instituídas e o acesso aos serviços de tutela pública jurisdicional continuam limitados na prática e o congestionamento das cortes permanece um problema endêmico⁹.

Este é o cenário que subjaz ao trabalho em foco.

⁷ Access to Justice: **The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective**. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub;The>>. Acesso 27 de fevereiro de 2019.

⁸ BRASIL. Congresso Nacional. **Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público**. Assembleia Nacional Constituinte: 20 anos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 2 de janeiro de 2017.

⁹ **The Tragedy of the Judiciary**. Trabalho apresentado no Summer Institute in Law and Economics da University of Chicago Law School, Chicago, 2018.

O problema posto à sua consideração é o de que em que medida a amplitude de acesso ao Poder Judiciário implicou também em acesso à própria tutela jurisdicional, à *efetiva* tutela de direitos e da cidadania ou se, ao tornar a litigância francamente “gratuita”¹⁰ no âmbito dos juizados especiais cíveis, o legislador não culminou por, na verdade, reduzir tal acesso.

A proposta desta dissertação é inicialmente a de modelar a decisão de um litigante de solucionar um conflito perante o Poder Judiciário, verificando os incentivos que o levam a efetivamente acionar o aparato estatal e mais, de manter a ação em trâmite sem realizar a autocomposição.

A modelagem em questão somente abrangerá o sistema dos juizados especiais cíveis estaduais, ou seja, não se aplica a toda e qualquer ação judicial, mas apenas aos *autores* (partes requerentes, potencialmente lesadas, portanto) de causas sujeitas a esse regime, de maneira que as conclusões futuras também serão limitadas.

De posse desse modelo, este trabalho se propôs a realizar uma análise empírica no âmbito exclusivo dos juizados especiais cíveis de Vitória, Espírito Santo, através de métodos qualitativos (entrevistas ou *surveys*) e quantitativos (através dos sistemas informatizados do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo) a fim de comparar os achados com o modelo concebido.

O foco específico do estudo é verificar de que modo a construção da norma jurídica que hoje se opera com os artigos 54 e 55 da Lei Federal n.º 9.099/1995¹¹ contribui (ou não) para a decisão das pessoas de litigar e não se valer de meios alternativos de solução de conflitos ou ainda de não realizar a autocomposição já com a ação judicial em andamento.

¹⁰ Colocou-se entre parênteses a expressão “gratuita” pois, como cediço, apesar de sem custos financeiros para o autor da ação, a busca da tutela jurisdicional importa em despesas aos pagadores de tributos, uma vez que, *e.g.*, o orçamento orientado ao Poder Judiciário capixaba no ano de 2017 foi superior àquele destinado à Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, responsável pela quase totalidade do investimento em infraestrutura realizado no Espírito Santo no período de referência, de maneira que, apesar da ausência de custos para a parte requerente, certamente não há “gratuidade” nesse serviço público, conforme percepção de STEPHEN HOLMES e CASS R. SUNSTEIN, ao dizerem que “[...] à óbvia verdade de que os direitos dependem dos governos precisa ser adicionado seu corolário lógico, um rico em implicações: direitos custam dinheiro. Direitos não podem ser protegidos ou aplicados sem fundos e suporte públicos. [...] Tanto o direito ao bem-estar quanto à propriedade possuem custos públicos. O direito à liberdade contratual possui custos públicos não menores do que o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão não menos do que o direito à moradia. Todos direitos exigem do erário” (**The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes**. New York: Norton & Company, Inc, 1999. p. 15. Tradução livre).

¹¹ Dispõe o art. 54 que “o acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas”. Por outro lado, o art. 55 prescreve que “a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa”.

E mais, analisar ainda se os dados obtidos e o modelo elaborado são capazes de possibilitar a construção, interpretativamente, de uma norma jurídica relativamente aos custos financeiros de acesso ao sistema dos juizados especiais que minimize eventuais distorções relativas a postura dos litigantes, com o menor prejuízo *possível*¹² à maximização do acesso à tutela justa, célere, adequada e efetiva¹³.

Para tal desiderato, há um caminho a ser traçado, de modo que o raciocínio normativo derradeiro não se encontre simplesmente lançado no papel, assegurando-se com isso uma coerência de pensamento controlável pelo leitor.

Inicialmente, o trabalho apresenta as bases conceituais de teoria do direito que se consideram estritamente essenciais para que o fenômeno normativo, consoante os pressupostos adotados, seja devidamente compreendido. Em outras palavras, busca-se, no Capítulo 2, a adoção de determinados pactos semânticos que serão de suma valia na conceituação de norma jurídica, sua configuração lógica, sua formação e sua diferenciação dos enunciados prescritivos.

No Capítulo 3, explicita-se a particular visão adotada neste trabalho acerca da saturação semântica das fórmulas normativas vistas na seção anterior, endereçando assim ao fenômeno da interpretação.

Busca-se diferenciar os fenômenos da interpretação e da decisão sob a ótica da ciência do direito e apresentar o pensamento metodológico da análise econômica do direito em especial sob o aspecto da teoria da interpretação, que será utilizado doravante.

Em síntese, tanto o Capítulo 2 quanto o Capítulo 3 expõem as bases que serão utilizadas nas seções futuras, nas quais efetivamente ingressar-se-á no escopo do trabalho em si, figurando, dessa forma, como um esforço de adequar o trabalho a um discurso rigoroso e preciso, que se enxerga, com isso, como científico e se evita, posteriormente, possíveis ambiguidades e, melhor ainda, entrega nas mãos do leitor as chaves de controle para eventuais incoerências.

¹² Esse trabalho parte de um pressuposto de que as finalidades humanas, os seus objetivos, são infundáveis (no caso concreto, a sociedade almeja uma plena tutela de direitos e também que nenhum custo seja implementado em sua decorrência, por exemplo). Todavia, os meios para atingi-los, os recursos, sejam materiais, físicos (o tempo sendo o principal deles) ou mesmo humanos, são limitados. Por isso, a maximização de um determinado objetivo, de uma determinada finalidade, se dá *sempre* em detrimento de outra finalidade, dada a escassez dos meios disponíveis, tal qual a clássica lição de LIONEL ROBBINS, de maneira que o desafio normativo do presente trabalho não é o de assegurar a máxima tutela de direitos, a qualquer custo, ou o de extirpar os custos do processo da conta dos contribuintes, mas sim o de verificar a possibilidade de construção interpretativa de uma norma jurídica capaz de não descuidar da tutela de direitos incorrendo na menor despesa possível; um verdadeiro *min-max* entre os custos e a tutela jurisdicional no seu âmbito de estudos (**An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. Auburn: Mises Institute, 2007. p. 45-71).

¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 186.

No Capítulo 4 será desenhado o modelo ideal da decisão de litigância no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Basicamente, ele visa uma revisão da ampla literatura formulada sobre o tema, com as adaptações necessárias diante da específica realidade do seu objeto de estudo (de fato, os juizados especiais, na configuração atual, são produto tipicamente brasileiro e, por isso, a mera importação de análises estrangeiras, sem a devida crítica, recepção e conformação, não faria um desenho adequado da experiência normativa nacional aqui estudada).

Saindo de um modelo básico, acrescenta-se uma série de outros detalhes que o tornam mais complexo (e mais aproximado em riqueza de detalhes da realidade).

Ao final, apresenta-se a modelagem que se reputa adequada ao fenômeno estudado; evidentemente, uma série de fatores e variáveis são deliberadamente omitidas, como sói ocorrer no discurso científico que visa não ser o espelho do mundo mas, acima de tudo, uma simplificação desse para seu estudo¹⁴. O que se pretende é apenas a captura dos elementos essenciais para a finalidade do estudo.

De posse desse modelo, o Capítulo 5 apresentará inicialmente os resultados da pesquisa empírica realizada no âmbito dos juizados especiais cíveis da capital do Estado do Espírito Santo e, de posse desse resultado e ainda do modelo finalizado na seção anterior, buscar-se-á a construção interpretativa de uma norma jurídica que consiga minimizar os custos e maximizar os resultados buscados pela Constituição Federal de 1988 com a criação do sistema dos juizados especiais cíveis.

O Capítulo 6 visa apenas a compilar as conclusões parciais de cada capítulo em um só tópico para fácil referência do leitor.

¹⁴ LISBOA, Marcos de Barros. **A Miséria da Crítica Heterodoxa. Primeira Parte: sobre as críticas**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/rec/REC%201/REC_1.2_01_A_miseria_da_critica_heterodoxa_primeira_parte_sobre_as_criticas.pdf>. Acesso em 23 de março de 2019.

2. NOÇÕES ESSENCIAIS PARA A TOMADA DE UMA POSIÇÃO ANALÍTICA.

Conforme já destacado por PAULO DE BARROS CARVALHO, o discurso de um cientista será tanto mais profundo quanto mais se ativer ao modelo filosófico por ele eleito para estimular a investigação¹⁵.

Por essa razão, não se presta este capítulo a trazer fundamentos de teoria do direito por um diletantismo particular do autor. Ao contrário, a objetividade e a precisão do discurso será um norte que se procurará seguir a todo tempo.

Este tópico inicial do trabalho se presta para explicitar as bases de todo o discurso científico que surgirá doravante, sob a ótica da teoria geral do direito, pontuando as premissas deste estudo de maneira a possibilitar ao leitor, com tal conhecimento, um instrumental crítico à coerência desta dissertação, colocando o diálogo do autor com seu interlocutor em fundamentos sólidos e desde o início já conhecidos.

NORBERTO BOBBIO, em notável artigo, há muito já sustentara que as proposições científicas, segundo os epistemologistas modernos, não são proposições *incondicionalmente* verdadeiras, no sentido de que reproduzam uma verdade pressuposta, mas sim são proposições *rigorosas*.

Ou seja, a *verdade* encontra-se no *rigor do discurso*, jaz no campo metodológico, na coerência de um dos enunciados emitidos com os demais que formam sistema com o primeiro¹⁶.

Portanto, o objetivo explícito deste primeiro capítulo é apenas o de outorgar ao leitor os instrumentos estritamente necessários para o controle de todo o discurso remanescente, o que se fará através da explicitação das bases de teoria do direito que sobre as quais este labor se apoia.

Frisa-se, por oportuno, que não se pretende com isso um esgotamento de todas as possibilidades ou a realização de uma caminhada tópico por tópico dos campos que essa matéria abrange. Longe disso.

¹⁵ **Direito Tributário: linguagem e método.** 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 3.

¹⁶ Scienza del diritto e analisi del linguaggio. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1950, 2, p. 342-367.

Ao revés, dentro da objetividade que se propôs desde o início, tem-se como pedra fundamental a apresentação apenas daqueles tópicos de teoria do direito que se reputam imprescindíveis para a continuação do trabalho. Quanto aos inúmeros outros – dada a riqueza da teoria – este labor silenciará.

2.1. O DIREITO ENQUANTO OBJETO DE CULTURA.

O pensamento analítico é uma forma de raciocínio que tem por objetivo de explicar as coisas através da decomposição em partes mais simples, que são mais facilmente explicadas ou solucionadas, e que uma vez entendidas tornam possível o entendimento do todo.

Conforme sustenta JEROME SEYMOUR BRUNER, o pensamento analítico se desenvolve caracteristicamente dando um passo de cada vez. Os passos hão de ser explícitos e, regularmente, podem reportar-se adequadamente, pelo pensador, a outro indivíduo.

Esse pensamento deve avançar com uma consciência ampla da informação e das operações realizadas e abarca um raciocínio cuidadoso e dedutivo, usando amiúde as fórmulas lógicas ou matemáticas e um plano de enfrentamento explícito do problema¹⁷.

O método adotado é, portanto, decompor o fenômeno estudado em diversas partes, iniciando daquelas mais fundamentais ao objetivo proposto até aquelas que possuem maior conexão, dentro do sistema do direito positivo, com o foco proposto, a fim de outorgar respostas que sejam já previsíveis ao leitor atento e, acima de tudo, coerentes com as premissas adotadas.

Portanto, vai-se à primeira assertiva necessária: o direito é um objeto cognoscível de natureza cultural¹⁸.

Nesse contexto, ao lado dos objetos naturais¹⁹, cuja existência independe de qualquer interferência humana, o direito é inerente à atividade e sujeito à influência do ser humano, sendo

¹⁷ **The process of education.** Cambridge: Harvard University Press, 1970. p. 57-58.

¹⁸ Por cultura aqui se emprega o vocábulo tal qual asseverado por LUÍS RECASENS SINCHES, como “[...] o conjunto de objetivações da vida humana, objetivações da conduta com sentido, que jazem aí como um patrimônio da disposição de outras gentes, e em grande parte é revivido por sucessivas pessoas, tanto individual como socialmente” (SINCHES, Luís Recasens. **Introducción al estudio del derecho.** 12ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1997. 1997. p. 26). Todas as obras em língua estrangeira que constam deste trabalho foram sujeitas à tradução livre.

¹⁹ É relevante a diferenciação feita por G. E. M. ANSCOMBE que se tornara célebre sob a pena de JOHN SEARLE acerca da diferença entre os fatos brutos e os fatos institucionais. Os primeiros são independentes de quaisquer convenções humanas para serem como tal considerados, ao passo que os segundos necessariamente dependem de verdadeiras instituições para serem assim analisados. O segundo autor cita como exemplo esclarecedor da diferença uma análise de um jogo de futebol americano exclusivamente sob a ótica dos fatos brutos. A observação não

trabalho de seu intelecto criativo e de suas capacidades inovadoras, transformadoras e extintivas da realidade fenomênica em que se insere.

LOURIVAL VILANOVA afirma que o objeto cultural (“fato de cultura”, no léxico do autor) dá margem a três compartimentos distintos: *i*) o dos suportes materiais; *ii*) o das significações; e *iii*) o dos agentes ou sujeitos.

Sendo assim, somente os primeiros possuem a possibilidade de prescindirem dos demais; ou seja, a natureza pode ser compreendida sem qualquer referência a significações e somente enquanto ocupação cultural é que a elaboração científica pode ser definida como cultura, em que pese a influência perene da linguagem (vide Capítulo 2)²⁰.

Dessa maneira, o direito, enquanto objeto cultural por essência, não pode prescindir das significações que tanto se originam dos sujeitos como que, entre si, estendem teias de inter-relações sociais.

Eis o arremate do professor pernambucano:

O que converte puros sistemas físicos num parlamento, numa universidade, numa catedral, numa agência de governo, numa academia literária ou numa vivenda não reside nas propriedades físico-químicas de seus componentes elementares. Reside, sim, nas significações políticas, teórico-científicas, religiosas, estéticas em tudo isso impressas. Pelo que essas coisas valem, não por si mesmas, mas pelos fins, valores e sentidos. São dados reais que ingressam em um universo simbólico. O que a princípio é mera impressão sensorial, o imediatamente dado, cobra sentido de expressão, converte-se em corpo de algo não-físico, em símbolo, quer dizer, em exteriorização visível de uma multiplicidade de significações (*Op. cit.*, p. 284).

Ocorre que a cultura se manifesta por um só meio, que é a linguagem. Ela é assim responsável por *instaurar* a realidade cultural do homem²¹.

ultrapassar um grupo de seres humanos se lançando um contra os outros em roupas de cores diferentes. Isso pois falece a esta visão as regras constitutivas de falta, *touchdown*, impedimento e etc. (**Speech acts: an essay in the philosophy of language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969. p. 52). Vale asseverar que – como tudo o mais – não é o fato em si que é *bruto* ou *institucional*, mas a ótica de sua análise sobre o fenômeno. O homem, enquanto animal cultura, é pródigo em institucionalizar fenômenos que, em outras eras históricas, são tidos como meramente naturais. A própria explosão vulcânica citada por ANSCOMBE, em um contexto da era clássica romana, poderia ser assumido como uma punição do deus Vulcano por ofensas cometidas pela sociedade (tornando a erupção um “fato institucional”, sob essa ótica, evidentemente), ao passo que também é possível extirpar a “capa de institucionalidade” do fato para olhá-lo sem esta ótica claramente convencional. O que é impossível, à luz das premissas adotadas neste trabalho, é que a análise prescinda da *cultura* do sujeito cognoscente.

²⁰ VILANOVA, Lourival. Notas para um Ensaio sobre a Cultura. In: **Estudos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003. p. 281.

²¹ É preciso pontificar, todavia, que a linguagem não *cria* a realidade fenomênica. No caso dos *atos brutos*, eles existem ou não independentemente da influência humana e, portanto, são independentes da linguagem (*language-independent*), ao passo que os *atos institucionais* são sim inerentemente constituídos pela linguagem (SEARLE,

Assim, dizer que o direito é um objeto cultural é dizer que ele é *constituído* pela linguagem, o que, nas palavras de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., equivale a dizer que o direito é uma articulação linguística mais ou menos num contexto social²².

2.2. O DIREITO E A LINGUAGEM. BREVES NOTAS DE SEMIÓTICA.

Uma vez postas essas premissas, é preciso seguir, como faz PAULO DE BARROS CARVALHO, para a inevitável definição do vocábulo *signo*, razão pela qual se entende, para os fins deste labor, ser bastante a terminologia *husserliana* adotada pelo professor titular da PUC/SP e da USP, de modo que por *signo* se considera a unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana e na qual um suporte físico se associa a um significado e a uma significação²³.

Em sendo o direito constituído por linguagem e essa, por sua vez, operada através de signos para permitir a intercomunicação entre os sujeitos (emissores e destinatários das mensagens), é preciso estabelecer a diferenciação entre *enunciado* e *proposição*, o que permitirá o avanço acerca do conceito de norma jurídica e, assim, pontificar outros aspectos das premissas deste labor.

A diferenciação entre enunciado e proposição reside nos planos diversos em que ambos se apresentam.

O enunciado comunicacional é nada mais que o suporte físico, ou seja, a expressão material de um signo, *necessariamente* dotado de sentido, segundo a obediência às regras mínimas de formação e transformação frasal de um determinado código (um idioma qualquer, como, por exemplo, o português).

John. **Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo atual**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 2-30). Entretanto, mesmo no caso anterior, para que o homem possa ter *acesso* ao fato bruto, ou seja, para que a complexidade e infinitude do mundo físico possam ter *sentido* (ou seja, pelo homem apreendido e categorizado em esquemas intelectualmente apreciáveis), é imprescindível o uso da linguagem, ou seja, mesmo o fato bruto que como condição de existência *a priori* independa da linguagem, é dela “prisioneiro” para que ingresse no universo humano (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 9).

²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 245.

²³ “O suporte físico da linguagem idiomática é a palavra falada (ondas sonoras, que são matéria, provocadas pela movimentação de nossas cordas vocais no aparelho fonético) ou a palavra escrita (depósito de tinta no papel ou de giz na lousa) [...] Refere-se a algo do mundo exterior ou interior; da existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, ideia ou conceito, que chamamos de ‘significação’” (*Op. cit.*, p. 33).

Por outro lado, a proposição é o que chamamos de significação acima; é a construção mental de *sentido* do enunciado²⁴.

De posse desse arcabouço, a primeira importante lição que se deve retirar é que por enunciado não se deve entender o ato de enunciação, ou seja, o *ato de fala* ou o ato de *proferir* determinado enunciado.

O ato de enunciar (processo de falar) não se confunde com o produto de tal ato, que é o enunciado (fala enquanto comunicado expedido, mensagem passada).

Nas palavras de CRISTIANO CARVALHO:

Enunciação e enunciado, enquanto estágios da produção do discurso, correspondem à dicotomia lógica do processo/produto. Enunciação é ato de produção do discurso, é uma instância pressuposta pelo enunciado, que é produto da enunciação [...] Se o ato puro de enunciação perde-se no tempo e espaço, o que fica é o seu registro, as suas marcas no produto final – os enunciados. A única forma de se buscar o processo é através do produto, i.e., buscar a enunciação a partir do dado tangível epistemicamente, o enunciado.²⁵

Em outros termos, a fim de tentar conectar a explanação ao escopo jurídico, não há de se perder a mirada de que uma coisa é o *ato de dizer*, por exemplo, a decisão de um processo judicial e outra, daquela distinta, é o *enunciado* dito (na verdade, muito mais provavelmente, o conjunto de enunciados) presentes no referido julgamento.

Com isso, evita-se danosa ambiguidade e, como se verificará adiante, contornam-se obstáculos que, de outro modo, seriam intransponíveis ao discurso científico e impediriam, de maneira invencível, uma tranquila análise do problema.

Por tudo quanto dito, restam fincadas as seguintes premissas básicas: que o direito é um objeto cultural e, portanto, constituído indelevelmente pela linguagem; a qual, a seu turno, se manifesta mediante a unidade mínima do signo²⁶; o qual, no interior de um processo comunicacional (S R S'), é utilizado, através de um ato de enunciação, para a emissão de enunciados;

²⁴ MOUSSALLEM, Tárez Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 59.

²⁵ CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 188-189.

²⁶ Não se olvida ao problema da semiótica e da filologia quanto ao estabelecimento da unidade mínima que representa o signo. De fato, como bem afirma UMBERTO ECO, ao passo que os signos são as “palavras”, serão também signos os sons articuláveis a que as letras se referem? Por outro lado, se cada círculo for um signo, um alvo seria um signo ou conjunto de signos? Realmente, o tema é complexo e escapa inteiramente às ambições deste trabalho. Por isso, adota-se a definição do autor de Alexandria para considera-lo como a entidade mínima que *pareça* ter um significado preciso no contexto em que se encontra inserido (**O Signo**. 6ª ed. Barcarena: Editorial Presença, 2004. p. 31-33).

os quais, em contato com um sujeito cognoscente, geram uma representação, uma ideia, que aqui passaremos a chamar de proposição.

2.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NORMA JURÍDICA.

Cumprindo o caminho estabelecido nas notas introdutórias, há de se voltar agora a atenção especificamente para o fenômeno jurídico e, em especial, para a norma jurídica, utilizando, em uma busca da coerência, as conclusões do parágrafo anterior.

De plano, traz-se à colação as lições traçadas por PAULO DE BARROS CARVALHO quando diferencia os chamados *enunciados prescritivos da norma jurídica*:

Um dos alicerces que suportam esta construção reside no discernir entre *enunciados e normas jurídicas*, com os diferentes campos de irradiação semântica a que já aludimos. Se bem que ambas as entidades se revistam de caráter conotativo ou directivo, pois, mais que outras, a função da linguagem apropriada à regulação das condutas intersubjetivas é verdadeiramente a prescritiva, os primeiros (enunciados) se apresentam como frases, digamos assim soltas, como estruturas atômicas, plenas de sentido, uma vez que a expressão sem sentido não pode aspirar à dignidade de enunciado. Entretanto, sem encerrar uma unidade *completa* de significação deontica, na medida que permanecem na expectativa de juntar-se a outras unidades da mesma índole. Com efeito, terão de conjugar-se a outros enunciados, consoante específica estrutura lógico-molecular, para formar *normas jurídicas*, estas, sim, expressões completas de significação deontico-jurídica²⁷.

Como observado, os enunciados produzidos pelos atos de fala no campo do direito positivo são as frases ou orações, de função prescritiva (por sua finalidade de determinar condutas na órbita do possível²⁸), que laboram com linguagem técnica (não coloquial mas também certamente não científica), formadas com um mínimo de regras gramaticais do idioma que serve de código comunicacional à cultura na qual resta inserido.

A norma jurídica, por outro lado, opera em outro plano linguístico, o qual, por sua vez, sequer é imediato ao plano dos enunciados prescritivos.

Explica-se.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 58.

²⁸ VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947. p.66.

Chama-se o plano linguístico dos enunciados prescritivos – ou seja, as orações que compõem o direito positivo – de linguagem-objeto (Lo). O primeiro plano a ele se sobrepor é o das significações ou conteúdos de significação dos enunciados prescritivos (S₁), este composto pelas proposições formuladas a partir do primeiro contato do sujeito cognoscente com a linguagem-objeto, sendo que esse plano, a seu turno, já é metalinguagem em relação àquele²⁹.

Todavia, dizer que essa aproximação de grau inicial (S₁) é metalinguagem sobre Lo não quer dizer que as proposições nela contidas já se restam qualificadas como normas jurídicas.

Isso porque as normas jurídicas não se perfazem somente com a saturação semântica de significação dos enunciados prescritivos da linguagem-objeto, uma vez que esses, apesar de dotados de sentido idiomático (posto que formados, ainda que minimamente, segundo as regras gramaticais de construção frásica), não possuem ainda sentido deôntico, *i.e.*, regulador de condutas.

Assim, o suporte físico (o texto legal, a palavra escrita, o conjunto de palavras sintaticamente arranjadas do Código de Processo Civil, por exemplo) não prescinde, para que seja saturado de sentido, de um intérprete, que em seu ato de inteligência, forma uma significação para ele.

Todavia, no caso dos textos legais, o processo de interpretação não possui o seu termo com a mera atribuição de um sentido ao texto, uma vez que a mera leitura e a atribuição de significação aos signos que se encontram impressos naquele papel (atualmente, mais provavelmente exibidos em uma tela de computador ou *tablet*) não é suficiente.

E por que isso ocorre? Porque o direito positivo visa prescrever condutas humanas ou, em outras palavras, tem por propósito determinar comportamentos no plano da realidade, adequando-a aos seus tipos ideais, que lá se encontram exatamente em razão dos valores sociais presentes em uma dada comunidade, em um determinado lapso temporal³⁰.

²⁹ Como afirma LUÍS ALBERTO WARAT, “[...] a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem. Desta forma, a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem. [...] salienta-se a importância fundamental da linguagem para a ciência do direito, pois esta deve construir seu objeto sobre dados que são expressos pela própria linguagem, ou seja, a linguagem da ciência jurídica fala sobre algo que já é linguagem anteriormente a esta fala” (**O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984. p. 48). Assim, para o autor, parafraseando RUDOLF CARNAP, resta definida a linguagem-objeto como a linguagem em que se *fala* e metalinguagem como a linguagem em que se *fala da* linguagem-objeto. Portanto, estudando-se certa linguagem (Lo), temos que contar com outra linguagem (L₁, acima chamada de S₁, dada a referência sistêmica) para nela formular os resultados de análise da linguagem primeira.

³⁰ Conforme afirma HANS Kelsen, “a função de toda ordem social, de toda sociedade – porque a sociedade nada mais é que uma ordem social – é motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que eles se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros

E para que assim se dê, a teoria da norma jurídica já demonstrou que uma proposição normativa é uma relação de implicação entre hipótese e consequência, sendo que a primeira “descreve”³¹ os critérios identificadores de um evento do mundo físico e a segunda prescreve o regramento de uma conduta intersubjetiva, conforme ensinamento do já citado mestre pernambucano³².

Portanto, o intérprete, diante do suporte físico do direito positivo (o texto escrito, para fins de facilitação da exposição, como visto), forma primeiro um conjunto de significações, atribui um *sentido* ao texto (diga-se, por exemplo, especificamente sobre o art. 54 da Lei Federal n.º 9.099/1995), para que em momento posterior seja construída a *norma jurídica* em sua estrutura hipotética-condicional.

PAULO DE BARROS CARVALHO ensina que o processo de formação do conhecimento, no campo do direito, como já dito acima *en passant*, se dá em diferentes planos de linguagem, em subsistemas, a saber: o conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão, o conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos e, por fim, o domínio articulado de significações normativas³³.

O primeiro deles é a própria literalidade textual, assim tomada como as estruturas morfológicas e gramaticais, efetivamente o suporte físico do texto.

Aqui jaz o plano dos significantes, o veículo que manifesta, graficamente – no texto escrito, para a simplificação deste artigo – a mensagem expedida pela autoridade a quem foi

que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade [...]. A ordem pode vincular certas vantagens à observância de certa conduta e certas desvantagens à sua não-observância e, por conseguinte, fazer com que o desejo pela vantagem prometida ou o medo da ameaça de desvantagem atue como motivação de conduta” (**Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 21-22).

³¹ Vale destacar que a expressão “descrever” encontra-se entre parênteses pois, como se verá a seguir, tal qual já dito pelo doutrinador pernambucano, o plano normativo nada visa de explicitar, explicar ou, de *per se*, descrever do plano real. A norma jurídica (e não a proposição normativa, própria da ciência do direito) mesmo quando diz a hipótese normativa, nada visa explicar, mas apenas a dizer os eventos ou fatos necessários para a prescrição que fará logo em seguida. A *função linguística* aqui nunca será a de eminentemente “descrever” um objeto, mas apenas a de trazer suas notas (conotativas ou denotativas, conforme concreta ou abstrata for a norma jurídica) necessárias para sua identificação no mundo do ser, através da cultura compartilhada entre o autor da mensagem (o direito positivo) e os cidadãos dela destinatários. Utiliza-se a expressão apenas para melhor compreensão do fenômeno, acrescentando-se tal necessária observação a fim de evitar-se alegações de contradições futuras quanto o cálculo lógico da norma jurídica implicar também em uma prescrição no antecedente quando aqui se fala em “descrever” um fato ou evento.

³² VILANOVA, Lourival. Norma jurídica – proposição jurídica (significação semiótica). In: **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, 1982. 61:12-33. p. 16.

³³ *Op. cit.*, p. 59.

outorgada competência pelo direito positivo, constituindo o “[...] sistema morfológico e gramatical do direito posto, conjunto de frases prescritivas introduzidas por fatos jurídicos que a ordenação positiva para tanto credencia”³⁴.

O segundo, representando um momento intermediário do processo interpretativo, é a construção dos iniciais conteúdos significativos dos vários enunciados de função linguística prescritiva³⁵, ainda tomados em sua individualidade assistemática.

Ou seja, aqui o intérprete atribui, constrói um sentido a cada enunciado prescritivo conforme os mesmos vão aparecendo para si (tal qual um estudante de direito lendo o Código Civil, atribuindo sentido artigo por artigo, sem qualquer pretensão de sistema), mormente porque seria um disparate cogitar-se em enunciado (ou frase) sem a significação que a ele se atribui.

Em um paralelo de função pedagógica, este plano se limitaria aos primeiros estágios da leitura de um poema. Estrofe por estrofe o leitor vai sendo tocado pelas emoções que aquele texto nele provoca, pois é capaz de, frase a frase, atribuir-lhes um sentido.

Entretanto, na poesia – e assim como no direito – ao passo que a cada estrofe pode se adjudicar, por si só, um sentido, a significação emotiva que se atribui à obra completa não se forma pela mera sucessão de linhas e palavras, mas pela sonoridade (a conhecida aliteração poética), pela semelhança (ou diferença) das expressões, pela topografia dos termos, pela escolha das palavras e até pela ausência de uma pressuposta expressão (o silêncio eloquente), sem contar outros critérios que a crítica literária explicita.

Em suma, à poesia pode se arrogar uma significação que vai além do sentido de cada estrofe em conjunto. De igual modo no Direito, a significação conferida aos enunciados prescritivos isolados situa-se apenas no o segundo plano da linguagem, que é a etapa da interpretação, frase a frase, do texto materializado no precedente-documento.

O terceiro plano, enfim, é a formação da norma jurídica em si, obediente à estrutura lógica acima exposta, que poderá (e usualmente o faz, para não se dizer *sempre*) considerar não um, mas uma grande série conteúdos de significação, conferidos, por sua vez, a um rol plural de enunciados prescritivos pelo intérprete na etapa anterior.

Somente aqui se terá a unidade *mínima* de significação *deôntica* (e não meramente comunicacional, já presente na etapa anterior), que é a norma jurídica.

³⁴ *Op. cit.*, p. 188.

³⁵ Ora, já se viu; o direito não sugere, não ensina, não explica. Ele ordena, por isso, a função linguística, seja a estrutura morfológica do texto jurídico qual for, será sempre a mesma, prescritiva de condutas humanas.

E esta *norma jurídica* terá o seguinte arquétipo: dado o fato F (evento natural ou conduta humana), então deve ser R (relação que deve ser entre os sujeitos S' e S''), com a observação de que tal proposição lógico-condicional encontra-se toda no plano do dever-ser, ou seja, essa condição afeta toda proposição normativa.

Assim, para se tratar somente da primeira parte da norma jurídica (a norma primária), ter-se-ia o seguinte esquema: $[D (p \rightarrow q)]^{36}$.

Exemplifica-se, a fim de facilitar a compreensão.

Vide o art. 54 da Lei Federal n.º 9.099/1995. Sua dicção expressa é a seguinte: o acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

O sujeito cognoscente, ao se debruçar sobre esse enunciado, primeiramente verifica que o mesmo possui sentido em língua portuguesa. Possui sujeito (ainda que oculto ou indeterminado), verbo e predicado, interligados segundo as regras próprias de formação do código ao qual se submete.

Ocorre que, imediata e instantaneamente a este juízo, o indivíduo observa a existência de signos cuja função não é somente a de compor a formação frásica, como as palavras “em”, “de” ou “do” (meros conectores ou sincategoremas³⁷), mas que efetivamente *significam* algo no mundo-do-ser, como ocorre com as expressões “acesso”, “primeiro grau de jurisdição”, “custas”, “taxas” e “despesas”.

O que o sujeito então, diante deles, faz é atribuir *significações*, sua mente prontamente cria as ideias, as noções que ela é capaz de tecer sobre eles.

Uma pessoa afeita ao direito criará uma específica significação para o léxico “despesas”, ao passo que outra, por exemplo, com formação em economia, construirá uma completamente diversa.

Porém, todas aquelas conhecedoras do código utilizado (*i.e.*, os falantes da língua portuguesa) impreterivelmente construirão uma *significação* do *enunciado* contido no art. 54 da Lei dos Juizados Especiais, atribuindo conteúdo semântico a cada um dos termos contidos no documento legal.

³⁶ Nesta, tanto o “D” quanto o “→” são funtores deônticos não modalizados, “p” representa o antecedente da norma e “q” significando o consequente da mesma (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 69). Vide nota de rodapé explicativa n.º 30.

³⁷ MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tomo IV. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 2693.

Ocorre que, mesmo após a formação da proposição, não há no referido enunciado uma verdadeira norma jurídica, posto que, *logicamente*, não há mensagem jurídica em sentido completo (se ocorrer o fato F, instalar-se-á a relação deôntica R entre os sujeitos S' e S''), que pressupõe, necessariamente, uma proposição-antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, na condição de suposto normativo, implicando uma proposição-tese, de caráter relacional, no tópico do consequente, como já afirmou PAULO DE BARROS CARVALHO³⁸.

Pelo exemplo trazido, o sujeito cognoscente, ao apenas conferir suas significações ao enunciado prescritivo, em nenhum momento buscou enquadrar o art. 54 (aqui encarado enquanto significação “primeira”, para se dizer) em uma forma lógico-condicional, mínima unidade para a regulação de conduta humana (plano do dever-ser).

Ele apenas conferiu tantos sentidos quanto entendeu devidos e, pelo momento, deu-se por satisfeito.

Ocorre que, para a formação da norma jurídica em si, é preciso que o sujeito estruture logicamente sua proposição na forma condicional ($p \rightarrow q$), o que somente vem a ocorrer em *outro plano metalinguístico* (S_2) que, por sua vez, possui S_1 (lembrando, primeiro plano dos enunciados prescritivos, já dotados da significação outorgada pelo sujeito cognoscente) como sua linguagem-objeto³⁹.

De máxima importância frisar que o sujeito cognoscente, ao exercer esse labor, possivelmente terá que se socorrer não só do dito enunciado do art. 54, mas também de uma plêiade de outros enunciados do direito positivo, tantos quanto forem necessários para seu fim.

Na arguta visão de LOURIVAL VILANOVA:

Da variedade de linguagens em que se exprime o direito positivo (multiplicidade de idiomas, de estilos, de técnicas de formulação linguística), passando da gramaticalidade expressional ou frásica para a *forma lógica*, o fazemos mediante a abstração formalizadora. Encontraremos a *estrutura sintática* reduzida. O que uma norma de

³⁸ *Op. cit.*, p. 131.

³⁹ Como afirma LOURIVAL VILANOVA, “[...] nas ciências formais, como Lógica e Matemática, ou nas ciências empíricas, as relações-de-implicação exprimem conexão formalmente necessária, ou empiricamente existente, como relação de causalidade. Lá no mundo dos fatos (naturais ou sociais) estão os fatos e suas relações causais. Para traduzir essa *relação causal* no plano lógico, constroem-se duas proposições em *relação implicacional*. Uma proposição não é *causa* da subsequente, como em rigor do termo, um fato anterior não *implica* fato sucessivo”. Uma vez que no mundo do dever-ser inexistente tal necessidade lógica ou factualmente fundada de a hipótese implicar a tese ou a consequência, é a própria norma quem põe o vínculo e, em um ato de *valoração* do antecedente normativo, estatui como devendo ser que a hipótese implique o consequente, tornando, com isso, imprescindível tal concatenação lógica. (**As Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 58-59).

direito positivo enuncia é que, dado um fato, seguir-se-á uma relação jurídica, entre sujeitos de direito, cabendo, a cada um, posição ativa ou passiva.⁴⁰

Diante disso, afirma o citado autor, na mesma trilha percorrida pelo mestre paulista, que dado o fato *F* (fato natural ou conduta humana), então deve ser *R'* (relação entre os sujeitos *S'* e *S''*).

A isso acrescenta-se uma observação de que a tal proposição lógico-condicional encontra-se toda no plano do dever-ser, ou seja, essa condição – encontrar-se no mundo do dever-ser e não no plano do ser – afeta todo o complexo proposicional normativo.

Por isso, para apenas falar-se da primeira parte da norma jurídica, abstraindo-se a norma secundária (para se ater às necessidades deste trabalho), ter-se-ia o seguinte esquema: [D (p → q)].

Assim, à guisa de conclusão, conceitua-se a norma jurídica, para os fins desta dissertação, igualmente a TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, como a *proposição deôntica, completa, articulada entre seus elementos e estruturada na forma lógica do juízo condicional, resultado do uso prescritivo da linguagem*⁴¹.

2.4. A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS DE ACORDO COM A PROPOSTA DE TRABALHO.

Uma das qualidades inerentes ao trabalho científico, como bem apontou CRISTIANO CARVALHO⁴², é a parcimônia, ou, em outras palavras, buscar sempre a simplificação do infinito do real para, assim, possibilitar a formação de linguagem *elegante* sobre o objeto estudado⁴³.

Evita-se assim, como afirma o citado autor, uma teoria que busque levar em conta toda a magnitude das vicissitudes humanas, uma vez que tal doutrina não lograria obter modelos úteis para a explicação do fenômeno estudado e, por certo, ao buscar uma coerência interna de

⁴⁰ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 103.

⁴¹ *Op. cit.*, 2011. p. 115.

⁴² CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58-59.

⁴³ É a aplicação frequente da chamada “navalha” de WILLIAM DE OCKHAM: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, ou “as entidades não devem ser multiplicadas além da necessidade”.

discursos, inclusive admite sua refutação, característica singular do discurso científico, na visão de KARL POPPER⁴⁴.

Portanto, no que tange à classificação das normas jurídicas – apesar de reconhecermos a existência de uma multiplicidade de divisões e subdivisões de tal objeto, para nos atermos aos pressupostos deste trabalho, será preciso reduzir, na medida do possível, as complexidades, de maneira que, *exclusivamente* para o objetivo que aqui se propõe (analisar, ao nível linguístico, e sob os postulados interpretativos da análise econômica do direito, os enunciados da Lei Federal n.º 9.099/1995 que autorizam a gratuidade da justiça) – o faremos apenas em razão de seu antecedente e de seu consequente normativos.

Pôr-se-á de lado, assim, em homenagem ao rigor científico e ao corte metodológico aqui exposto, outras classificações.

Talvez a mais importante função exercida pela linguagem seja a outorga ao homem da capacidade de classificar, sendo certo que todo conhecimento pressupõe a classificação. De fato, a simples escolha do objeto de estudo enseja classificação: objeto estudado e objeto não-estudado⁴⁵.

Muito embora a classificação enquanto conteúdo dependa de um ato arbitrário daquele que classifica, é bem verdade que as regras lógicas para a classificação não são dependentes do sujeito cognoscente e não prescindem da utilização de dois conceitos puramente linguísticos, os quais serão, doravante, de absoluta importância em todo artigo: a *conotação* e a *denotação*.

Passa-se a elas.

Quando se dizem as expressões “um conjunto de brasileiros” e “os brasileiros João, José e Maria”, é visível que algo mudou entre o *uso* linguístico da voz “brasileiros” em ambos os casos.

Isso se dá porque, no primeiro caso, o vocábulo “brasileiros” fora utilizado como *conotação* (ou extensão), ao passo que, no segundo caso, o mesmo signo fora utilizado como *denotação*.

⁴⁴ POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 82-97.

⁴⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Classificação dos tributos** (uma visão analítica). Texto complementar da disciplina Teoria Geral da Norma Processual, do curso de mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, [20--], p. 01.

Ao se dizer “um conjunto de brasileiros” está-se, na verdade, tratando da *classe* de brasileiros, ou seja, do *conceito* de brasileiros, de todos aqueles e somente aqueles aos quais o conceito seja aplicável, na menção de SUSANNE KATHERINA LANGER⁴⁶.

Por outro lado, ao se referir especificamente aos “brasileiros João, José e Maria”, estes brasileiros são mencionados como elementos da classe “brasileiros”, ou seja, indivíduos que caem sob o predicado correspondente à classe⁴⁷.

Em síntese, nas palavras de LIZZIE SUSAN STEBBING:

A extensão de um termo que significa uma propriedade de classe de uma classe dada consiste em todas as subclasses coletivamente. [...] A extensão (*ou conotação*), portanto, são classes, não indivíduos; a denotação são os membros das classes, não as classes. Daí que quando um homem morre, a extensão ‘homem’ não se verá afetada de modo algum.⁴⁸

Em um exemplo mais afeito ao direito – que servirá inclusive para facilitar a compreensão não só da propedêutica classificatória mas também do critério de divisão que se utilizará para as normas jurídicas (*fundamentum divisionis*) – veja-se o art. 98 do CPC/15⁴⁹.

De posse daquele enunciado, pode-se criar um conceito⁵⁰, por exemplo, dos “beneficiários da justiça gratuita pelo CPC/15”.

Parece intuitivo que, quão *maior* a extensão do meu conceito, ou seja, quanto *maiores as condições* que deverão ser satisfeitas para que um determinado objeto do mundo-dos-fatos (brutos ou institucionais, nos termos de JOHN SEARLE) encontre-se enquadrado na classe proposta, *menor* será sua denotação.

Maiores as condições, menores as possibilidades que um só objeto preencha-as todas.

Ou seja, a extensão de uma classe é *inversamente proporcional* à sua denotação.

⁴⁶ LANGER, Susanne K. *Introduction to symbolic logic*. 3ª ed. Nova Iorque: Dover, 1967. p. 116.

⁴⁷ MENNE, Albert. *Introducción a la lógica*. 3ª ed. Madrid: Gredos, 1979. p. 142.

⁴⁸ STEBBING, L. Susan. *Introducción a lógica moderna*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 143.

⁴⁹ **Art. 98.** A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

⁵⁰ Lembrando que o “conceito”, como dito por RICARDO GUIBOURG *et al*, nada mais é do que certas razões pelas quais incluímos um objeto em uma classe ou excluimos dela, ou seja, o conceito em nada se diferencia do *critério de uso* de uma palavra de classe (GUIBOURG, Ricardo *et al*. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993. p. 42).

No caso da classe “beneficiários da justiça gratuita pelo CPC/15”, é interessante notar que o enunciado prescritivo do art. 98 buscou equilibrar a extensão, incluindo inicialmente um amplo rol de elementos de possível satisfação do critério de uso (“pessoa”, “natural ou jurídica”, “brasileira ou estrangeira”) e depois agregou ao conceito um dado linguístico capaz de reduzir sensivelmente sua possibilidade de denotação (“com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”).

Assim, temos uma classe de “beneficiários” e outra, a ela logicamente correlata, de “não beneficiários”, composta pelo restante dos objetos que compõe o universo do discurso (o restante das coisas que hão de ser postas em consideração, nas palavras de ALBERT MENNE⁵¹).

Há de se observar que até agora somente tratamos da expressão “beneficiários” sob o plano linguístico, ou seja, enquanto conceito, enquanto classe, sem qualquer correlação com a existência, no mundo físico, de um *elemento* que satisfaça o critério de uso do vocábulo.

Bastante diferente disso, por outro lado, é uma dada sentença judicial que, após, v.g., reconhecer a improcedência do pedido formulado por João, José e Maria, isentar *estes três* das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte contrária por decretar⁵² serem eles “beneficiários da justiça gratuita pelo CPC/15”, na forma do indigitado art. 98.

Vê-se aqui claramente que houve uma relação de pertença (que seria representado na lógica simbólica pelo signo \in) entre os *elementos* “João”, “José” e “Maria” (“beneficiários”) e a *classe* dos “beneficiários”.

Apesar de o signo em língua portuguesa ser exatamente o mesmo⁵³ (“beneficiários”), é evidente que no primeiro caso a expressão fora utilizada para significar o *critério de uso* da expressão e, no segundo, que os *elementos* ali indicados pertenciam à classe em questão.

Ou seja, nesse simples exemplo, o *mesmo vocábulo*, “beneficiários da justiça gratuita pelo CPC/15”, fora utilizado ora como *conotação* (com a *função* de explicitar o *critério de uso* da palavra) e ora na qualidade de *denotação* (indicar que “x”, “y” e “z” seriam elementos do conjunto B, de beneficiários).

⁵¹ *Op. cit.*, p. 143.

⁵² Definitivamente não faz parte do escopo deste trabalho ingressar no campo da análise de pronunciamentos “declaratórios”, “constitutivos” ou “desconstitutivos”, razão pela qual se utiliza um termo que reputamos semanticamente “neutro” à luz da processualística moderna, bastando, para os objetivos deste artigo, deixar claro ao leitor que o juiz, no exemplo citado, concedera às partes a isenção pleiteada.

⁵³ O que, a bem da verdade, ocorre um sem número de vezes, causando confusões dos mais diferentes graus.

Realizados esses imprescindíveis comentários, vai-se agora às normas jurídicas em si e à sua classificação.

A par da mais elementar das divisões (na verdade já realizada acima, quando se estabeleceu o critério de uso do léxico norma jurídica), que dividiria o mundo em normas e “não-normas”, existem cinco regras fundamentais para a realização da operação de divisão de uma classe, como já anotado no trabalho inédito mencionado: *i*) deve haver somente um *fundamentum divisionis* em cada operação; *ii*) as classes coordenadas devem se excluir mutuamente; *iii*) as classes coordenadas devem esgotar coletivamente a superclasse; *iv*) as operações sucessivas da divisão devem ser efetuadas por etapas graduais; e *v*) as diferenças devem resultar da definição do dividido⁵⁴.

Primeiramente, como visto acima, fixou-se que a norma jurídica não prescinde de sua forma lógico-condicional, com um antecedente e um conseqüente, conectados por um functor deôntico não modal, tendo por semelhança entre ambos o fato da possibilidade de suas formas lógicas serem saturadas por linguagem, obediente a determinado código idiomático.

Assim, a fim de obedecer à regra cinco, como já elaborou PAULO DE BARROS CARVALHO⁵⁵, adotar-se-á como regra de divisão a função linguística utilizada nos termos que a compõe, se *conotativa* ou não.

Ou seja, se as palavras usadas visam apenas representar o critério de uso de um termo (conotação) ou se, contrariamente, buscam denotar elementos concretos pertencentes àquela mesma classe (denotação).

Dito de outro modo, o fundamento da divisão tanto no antecedente quanto no conseqüente normativo será o seguinte: se os termos utilizados encontram-se em sua função conotativa ou se eles se encontram em sua função denotativa.

A fim de obedecer às regras um, três e quatro, realizaremos a divisão em graus, ou seja, primeiro se dividirão as normas (segundo o critério já exposto) em razão de seu antecedente e, em seguida, com relação ao seu conseqüente, o que, indiretamente, tornará também esta divisão obediente à regra dois.

⁵⁴ *Op. cit.*, [20--], p. 12.

⁵⁵ *Op. cit.*, 1999. p. 129.

Assim, analisando o antecedente da classe das normas jurídicas, têm-se duas hipóteses possíveis: as expressões no antecedente utilizam o termo em uma forma *conotativa* ou não o utilizam⁵⁶.

Para o primeiro caso, dar-se-á o nome de **norma abstrata**. Para o segundo caso, de **norma concreta**⁵⁷.

Assim, para a primeira divisão, pode-se concluir que a norma será abstrata quando, em seu antecedente, estiver contido um enunciado conotativo, isto é, apenas com a indicação de classes com as notas que um acontecimento precisa ter para ser considerado fato jurídico. Por outro lado, será concreta (não-conotativa) se no antecedente da norma estiver um enunciado protocolar denotativo, que se obteve pela redução à unidade das classes de notas (conotação) do antecedente da regra abstrata.

Agora, aplicando-se o mesmo critério (conotação e não-conotação) ao consequente das normas jurídicas. Realizando tal incidência sobre as subclasses e, igualmente, sobre o consequente da classe das normas jurídicas, têm-se duas hipóteses possíveis (para cada subclasse): as expressões no consequente utilizam o termo em uma forma *conotativa* ou não o utilizam.

Para o primeiro caso, emprega-se o nome de **norma geral**. Para o segundo, de **norma individual**.

Por esse prisma, as normas gerais e individuais são assim divididas quando se aponta o consequente normativo como *fundamentum divisionis*, mais precisamente no que tange aos sujeitos da relação jurídica.

⁵⁶ Frisa-se ao leitor que a decisão de adotar exclusivamente a lógica booleana em detrimento explícito à lógica *fuzzy* ou difusa foi uma decisão expressa em homenagem às condições de nosso objeto de estudo, que não se insere no mundo do ser, mas do dever-ser, que nada mais representa do que valor. Em sendo assim, a lógica deontica, da qual não podemos escapar, em nosso sentir, é dual, de maneira que a todos seus elementos podem somente e tão-somente serem atribuídos duas notas, positiva ou negativa, lícita ou ilícita. Admitimos, por certo, a lógica difusa na constituição do fato social mas, uma vez que o suporte fático esteja constituído, a valoração será puramente dual. Assim, para adotarmos as conclusões de CRISTIANO DE CARVALHO, deixa-se de levar em consideração, para os fins deste trabalho, apesar de reconhecer a possibilidade sua de outorgar avanços no campo da ciência do direito, a adoção da lógica difusa, uma vez que tal sistemática, se mal empregada, por acabar “[...] por relativizar o próprio dever-ser jurídico, que pode acarretar uma perda de sentido do direito enquanto sistema prescritivo de condutas. Ou uma coisa é permitida ou não é. Não pode haver meio termo” (*Op. cit.*, 2005. p. 80).

⁵⁷ O que, logicamente, à luz do princípio do terceiro excluído, torná-la-á como uma norma com antecedente ou consequente com menção de caráter denotativo. Quadra asseverar como muito bem apontado por LOURIVAL VILANOVA, não há, em uma das seções, a mescla entre palavras conotativas e denotativas. Em suma, os termos estão em conotação *ou* (excludente) em denotação. Não há terceira opção. O que estará presente no antecedente ou consequente normativo ou é a classe (que, inclusive, poderá ser uma classe unitária, isto é, unimembre) *ou* indivíduo, como existente único dessa classe. E cita esclarecedor exemplo do nosso cotidiano ao mencionar que em um contrato de seguro, a individualização da pessoa ou da coisa protegida contra o risco não elimina desse ato bilateral e aleatório sua abstração (*Op. cit.*, p. 53-54).

Assim, as normas gerais contêm a indicação de classes com as notas que uma relação tem de ter para ser considerada como relação jurídica (no consequente). Por essa divisão, as normas jurídicas serão consideradas individuais quando os elementos da relação jurídica estiverem nela delimitados.

O resumo do obtido por este processo é da pena de PAULO DE BARROS CARVALHO ao dizer que *enunciados conotativos* obtêm-se no antecedente e consequente de normas abstratas e gerais e *enunciados denotativos* no antecedente e consequente de normas concretas e individuais, para um encontro de quatro (e apenas quatro) espécies (elementos) de normas jurídicas, o que esgota tal superclasse.^{58 59}

⁵⁸ *Op. cit.*, 1999. p. 129.

⁵⁹ Muito embora o referido autor se reporte a enunciados em sua conclusão, a mesma classificação, como visto, se aplica às normas jurídicas em si. Ademais, é de bom alvitre destacar que se diferenciam as *normas jurídicas* enquanto objeto (*normas-objeto*) ao lado das *normas jurídicas* enquanto proposições normativas, provenientes da ciência do direito (*normas-proposição*). A semelhança de ambas, de estarem no âmbito do pensamento humano, não esconde a diferença que as separa, que reside no fato de as primeiras serem construídas pelo agente aplicador do direito. Conforme afirma TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, “a diferença aparece no plano do documento normativo, uma vez que, enquanto este último (*o primeiro, em nossa exposição*) inova o sistema do direito positivo, o primeiro (*aqui, o segundo*) apenas o faz, teoricamente, sem a via da recepção” (*Op. cit.*, p. 107).

3. ACERCA DA INTERPRETAÇÃO E DA DECISÃO. O CONTEÚDO SEMÂNTICO DAS NORMAS JURÍDICAS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENQUANTO MÉTODO.

No capítulo anterior, o objetivo declarado foi de decantar o fenômeno estudado – o Direito Positivo – em sua menor unidade de interesse para este trabalho: a norma jurídica.

Seu propósito foi o de fixar as bases para o discurso, evitando-se o que RUDOLF CARNAP chamou de pseudoproblemas na ciência e filosofia⁶⁰, fixando-se, da forma mais clara que se achou possível, as matrizes do objeto de análise e a unidade deôntica que interessa para os fins da pesquisa.

Este capítulo endereça a outra questão importante para o labor a que se dispôs enfrentar.

Viu-se, na seção antecedente, que a formação da norma jurídica – unidade deôntica mínima direcionada à prescrição de condutas – ocorre através da compilação de enunciados prescritivos oriundos do texto (aqui tomado *lato sensu* para fins conceituais mas, por questões de simplicidade, esta dissertação pressuporá apenas em sentido estrito) do Direito Positivo.

Em síntese, o sujeito cognoscente (que, como se verá a seguir, poderá se encontrar em uma posição de intérprete ou de tomador de decisões, com diferenças que se estabelecerá naquele momento) se debruça sobre o texto do Direito Positivo e, identificando enunciados prescritivos esparsos pelo sistema jurídico, seleciona aqueles que reputar necessários para construir, em uma estrutura lógica, uma proposição composta de um antecedente e um conseqüente deônticos, a qual se convencionou chamar de *norma jurídica*.

A questão posta neste capítulo é logicamente posterior a essa.

Qual o conteúdo semântico dos comandos normativos? Uma vez que o sujeito cognoscente constrói a norma jurídica diante de enunciados prescritivos do Direito Positivo, quais os textos por ele utilizados? Quais os textos que *deveriam* ser por ele utilizados? Se há uma divergência entre o ser e o dever ser aqui, como o dever ser atua para moldar o mundo fenomênico? Há limites a esta enunciação pelo sujeito cognoscente?

⁶⁰ “A confusão comum nas discussões filosóficas, não somente entre metafísicos mas também na filosofia da ciência, é principalmente perpetuada pela falta de uma concepção de que o objeto da discussão é a linguagem da ciência; e ainda mais porque o sujeito não enuncia claramente (e a maioria não se apercebe disso) se uma tese significa uma asserção ou uma proposição” (On the character of philosophic problems. In: RORTY, Richard M. *The linguistic turn: essays in philosophical method*. Chicago: Chicago Press, 1992. p. 60).

Todas estas questões já feriram há muito os sentidos de juristas de escol, tendo HANS KELSEN, por exemplo, afirmado que o ato de interpretar o direito permite várias possibilidades de aplicação jurídica, pois o “ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser confirmado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma”, transformando assim a interpretação como um processo de “emolduramento” dentro do qual existem várias possibilidades de aplicação⁶¹.

Em suma, admite ele que o ato de interpretação é “relativamente livre”.

Igualmente HERBERT L. A. HART sustenta, ainda que com nuances e conclusões relativamente diferentes, haver um poder discricionário que é deixado ao sujeito cognoscente pela linguagem, o qual pode ser muito amplo, de forma que, na escolha e fixação do conteúdo semântico dos enunciados prescritivos, a formação da norma jurídica constituir-se-ia na verdade em uma opção pelo sujeito, “ainda que possa não ser arbitrária ou irracional”⁶².

Este trabalho se comprometeu com uma visão analítica de todos os fenômenos estudados. Não será diferente agora.

Por isso, a fim de se observar com o grau de cautela desejado e exarar as proposições acerca do tema necessárias ao prosseguimento da pesquisa, a própria saturação semântica dos componentes da norma jurídica será decomposta.

Somente assim se considera a possibilidade de formar uma base minimamente sólida ao edifício científico proposto.

Para tanto, primeiramente se tecerá algumas considerações acerca do processo de comunicação, tomando-se o Direito Positivo enquanto uma comunicação *prescritiva* entre o Soberano (no Brasil, entre o Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988) e o Súdito (o povo em geral).

Em seguida, separar-se-á a *interpretação* da *decisão*, fenômenos próximos o suficiente para causarem confusões nos cientistas do direito e que, por isso, geram problemas inúmeros e ruídos na comunicação da ciência do direito.

Para cada qual, entende-se importante mencionar duas formas de análise por parte do sujeito cognoscente, uma positiva e uma normativa, e os tópicos mencionarão tal circunstância.

⁶¹ **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 390.

⁶² **O Conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 128.

Por fim, tratar-se-á do estatuto metodológico da análise econômica do direito como uma base sólida tanto para a construção de uma teoria da interpretação do direito positivo que atende aos requisitos essenciais de uma proposição científica quanto uma teoria da decisão capaz de relevantes aportes preditivos do comportamento humano.

É esse o método que será utilizado para a construção do modelo de litigância dos juizados especiais cíveis e, por isso, torna imprescindível tratar sobre como se dá, à sua luz, a formação do aspecto semântico das normas jurídicas (processuais e substanciais, diferença que aqui não exige maiores comentários).

Esta é a trilha que se passa a seguir.

3.1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS CONCERNENTES AO PROCESSO COMUNICACIONAL.

O processo comunicacional perpassa necessariamente pelo próprio crescimento do indivíduo.

Inicialmente, com o nascimento, está o indivíduo inteiramente entregue ao ambiente circundante.

Com o passar dos anos, aprende ele a controlar primeiramente os movimentos e, posteriormente, verifica que a emissão de alguns sons geram efeitos positivos e outros negativos sobre o ambiente que o abraça.

Posteriormente, insere-se em ambientes culturais diversos, como a família, a escola, a comunidade religiosa e etc., todos eles instrumentos de comunicação que influenciam sobre seu ser e que, com o tempo, observa que também pode ser ele influenciado pelas comunicações que ele mesmo emite.

Diante disso, vê-se que o objetivo último da comunicação, como afirma DAVID K. BERLO, é o de alterar as relações originais entre o organismo e o ambiente circundante, ou seja, assegurar que não seja só o indivíduo o alvo de forças externas mas sim que seja ele o emissor

destas mesmas forças; em suma, que possua a força capaz de *alterar* o ambiente e não ser exclusivamente *alterado* por ele⁶³.

Portanto, a principal questão em um processo comunicacional é a de saber qual era o *desejo* do comunicador ou, em outras palavras, qual *resultado* era esperado com a emissão da mensagem, pois foi exatamente esta alteração em seu ambiente externo que era dirigida ao destinatário da comunicação.

Ultrapassado esse norte, o foco reside em se determinar como se *dá* o processo de comunicação, uma vez, que como estabelecido nas notas introdutórias, o direito positivo, analisado ao nível linguístico, não ultrapassa a noção de um conjunto de *mensagens* cujo objetivo é exatamente o de alterar condutas humanas sob o pálio de uma coerção organizada.

Conforme afirma o citado autor, qualquer situação de comunicação humana compreende a produção de uma mensagem por alguém e a recepção dessa mensagem por outrem⁶⁴.

Vale pontuar que se utiliza o vocábulo *mensagem* aqui no mesmo sentido de PAUL WATZLAWICK, para significar uma unidade comunicacional isolada, ao passo que a *interação* corresponde a uma série finita de mensagens trocadas entre receptor e destinatário, frisando que não se trata aqui exclusivamente do veículo monofônico, “[...] mas com o complexo fluído e multifacetado de numerosos modos de comportamento – verbais, tonais, posturais, contextuais, etc. – que, em seu conjunto, condicionam o significado [...]”⁶⁵.

Por certo, para assim se dizer, é preciso destacar que o processo comunicacional não está sendo analisado em seu aspecto dinâmico, uma vez que não se mostra possível, para a linguística moderna, distinguir-se a existência de um início ou de um fim ao processo comunicacional.

Como possibilidade epistemológica, assim, extrai-se uma fotografia do processo comunicacional, isola-se em um determinado espaço e tempo o traslado de uma mensagem, submetendo-a ao estudo e à interpretação.

Em assim sendo, como elabora FERDINAND DE SAUSSURE⁶⁶, a dinâmica da comunicação (em um exemplo de fala) se inicia com a formação de uma imagem acústica no cérebro

⁶³ **O processo da comunicação: uma introdução à teoria e à prática.** 9ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 12.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 15.

⁶⁵ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick e JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação.** São Paulo: Cultrix, 1993. p. 48.

⁶⁶ *Curso de linguística geral.* 28ª ed. São Paulo: Cultrix, 2012. p. 43.

do emissor e a consequente transmissão de dessa imagem para os órgãos de fonação que exaram ondas sonoras que se propagam até o destinatário, no qual se prolonga aquele mesmo processo em ordem inversa, dos órgãos auditivos ao cérebro com a associação da imagem acústica a um conceito⁶⁷ correspondente.

Para os fins deste trabalho, o processo comunicacional se revela importante pois a questão fulcral deste capítulo reside na verificação de como ocorre a associação da imagem acústica formada pelas ondas sonoras propagadas pelo emissor da mensagem a um conceito formulado pelo destinatário e ainda verificar a existência de uma relação de *identidade*⁶⁸ entre o conceito existente no emissor e aquele associado pelo destinatário.

Doravante, chamar-se-á o conceito decorrente da associação da imagem acústica, pelo destinatário, de *significação* da mensagem, ao passo que o mesmo conceito, no polo emissor, receberá o nome de *sentido* da mesma mensagem, de maneira a não confundir o seu próprio conteúdo (ontologicamente, aqui exclusivamente sob a forma de ondas sonoras, no caso da via escolhida para a comunicação ser a fala) com as ideias a ela correspondentes nos pontos limites do processo comunicacional.

Portanto, e essa premissa é o que mais aqui importa do processo comunicacional, é que tanto o que se diz por *significação* quanto por *sentido* *não se encontram na mensagem*, no objeto da comunicação, mas sim em seu emissor (*sentido*) e no destinatário (*significação*).

Ou, nas palavras de DAVID K. BERLO:

[...] os sentidos não estão nas mensagens, de que o significado não é coisa que se possa descobrir, de que as palavras de fato não querem dizer coisa alguma, de que os dicionários não proporcionam sentidos e não podem mesmo fazê-lo. Alegar-se-á que as

⁶⁷ Acerca da expressão “conceito” ora utilizada, vê-se que o conhecimento humano se dá através de um processo de abstração, pelo qual o “objeto” de nossa experiência não é *a coisa em si*, mas sim uma interação entre o nosso sistema nervoso (com todas suas imperfeições) e alguma coisa fora dele, nas palavras de S. I. HAYAKAWA, de maneira que, valendo-se do exemplo apresentado pelo autor, ao nos depararmos com Bessie, “a vaca”, é certo que não há um só organismo no universo igual a ela em todos seus aspectos. Porém, nosso sistema nervoso, automaticamente abstrai ou seleciona de Bessie as propriedades dela que lembram animais de porte semelhante, funções e hábitos e a “classifica” como “vaca”, ignorando as diferenças, e mais, “[...] pulando um grande abismo; do processo dinâmico Bessie, um furacão de eventos neuro-elétrico-químicos, para uma relativamente estática ‘ideia’, ‘conceito’ ou *palavra*, ‘vaca’” (**Language in thought and action**. London: George Allen & Unwin Ltd, 1952. p. 167). É essa a definição que se dá ao léxico “conceito” acima utilizado.

⁶⁸ Importante mencionar que nossa definição de relação de identidade aqui é puramente lógica, ou seja, obedientes às cinco leis de identidade bem explicitadas por ALFRED TARSKI, a saber: *i*) um conceito *x* é idêntico a *y* se todas as propriedades que tem *x* também tem *y* e vice-versa; *ii*) todo *x* é idêntico a si mesmo; *iii*) se um conceito *x* é idêntico um conceito *y* então este conceito *y* é idêntico ao conceito *x*; *iv*) se um conceito *x* é idêntico a outro *y* e este é idêntico a um conceito *z* então o conceito *x* também é idêntico ao conceito *z*; e *v*) se o conceito *x* é idêntico ao conceito *z* e outro conceito *y* também é idêntico ao mesmo conceito *z* então o conceito *x* será idêntico ao mesmo conceito *y* (**Introducción a la lógica**. 3ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1977. p. 81-84).

significações estão nas pessoas, que os sentidos são respostas encobertas contidas no organismo humano. Os sentidos são aprendidos. São pessoais, são propriedade nossa. Nós aprendemos significados, acrescentamos-lhes algo nosso, distorcemos-los, esquecemos-los, modificamos-los. Não podemos *encontra-los*. Eles estão em *nós*, não nas mensagens. Felizmente, em geral, encontramos outras pessoas que têm significações similares às nossas. No grau em que as pessoas tenham sentidos similares, poderão comunicar-se. Se não houver similaridade de sentido entre elas, não poderão comunicar-se (grifos no original)⁶⁹.

Ou seja, quando se reportar à interpretação ou à hermenêutica de um determinado enunciado do sistema de direito positivo, é preciso asseverar que a mensagem passada pela autoridade elegida pelo ordenamento jurídico para enunciá-la *não contém o sentido ou a significação*, nos conceitos acima expostos, uma vez que nenhum dos dois é, em si, transmissível.

Repete-se: a mensagem sim se transmite. O seu conteúdo, aqui indicado pelo sentido e pela significação, são ontologicamente incomunicáveis.

Dito de outra maneira, nas palavras de ROMAN JAKOBSON, um processo de comunicação normal opera com um codificador e um decodificador. O decodificador recebe uma mensagem e, por conhecer o código e a mensagem ser nova para ele, por via desse código, a interpreta⁷⁰.

Os sentidos do emissor não estão na mensagem; tampouco a significação dela formada pelo destinatário.

Ambos (sentido e significação) estão nos usuários da mensagem, repetindo, respectivamente, no emissor e no destinatário.

Por isso, afirma-se desde logo que a interpretação é meramente o ato ou processo⁷¹ de produzir um enunciado (mensagem, por exemplo M'') *que fala sobre* um outro enunciado (mensagem, *verbi gratia*, M'), cuja *função* (e não ontologia) é, preponderantemente, a de descrever a significação formada pelo sujeito interpretante – o destinatário – deste último (M'), operando, portanto, metalinguagem sobre ele.

3.2. A INTERPRETAÇÃO ENQUANTO ONTOLOGIA. POR UM DISCURSO CONCILIADOR.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 184.

⁷⁰ **Linguística e Comunicação**. 8ª ed. São Paulo: Cultrix, 1989. p. 23.

⁷¹ A título de pacto semântico (mais um), chamar-se-á, se necessário for, de *interpretação-produto* o enunciado em metalinguagem emitido e de *interpretação-processo* o caminho percorrido pelo intérprete, evitando-se, com isso, a daninha ambiguidade.

De acordo com o compromisso assumido, este trabalho não tem a pretensão de agregar um apanhado de séculos de doutrina jurídica e filosófica acerca da interpretação (e tampouco, confessa-se, tem ele a capacidade de fazê-lo) mas, ao contrário, visa estabelecer as bases mínimas ao discurso pretendido, que é a aplicação da análise econômica do direito como forma de observação da litigância nos juizados especiais cíveis de uma determinada localização geográfica.

Pois bem.

Segundo se entende, a interpretação, não somente jurídica, mas a interpretação em si é a *construção* de um objeto de análise, mediante a *explicação* – no caso das ciências naturais, como a física, a química, a biologia, etc. – ou sua *compreensão*, no caso das ciências do espírito ou, como mais comumente se diz, nas ciências sociais, como a sociologia, o direito e a economia.

Aclarando tais conceitos, PAUL RICOEUR ensina que na explicação, há fatos externos a observar, hipóteses a submeter à verificação empírica e leis gerais para cobrir tais fatos⁷².

A compreensão, por outro lado, “[...] funda-se no caráter significativo de formas de expressão como signos fisionómicos, gestuais vocais, ou escritos, e em documentos e monumentos que partilham com a escrita o caráter geral de inscrição”⁷³.

Nesse diapasão, a interpretação seria um tipo bastante particular de compreensão e, ainda mais, a interpretação da escrita importaria não em repetir o evento do discurso em um evento semelhante, mas sim em gerar *novo* acontecimento, pois o texto em si é mudo e ele estabelece uma “relação assimétrica” com o leitor no qual apenas este último fala pelos dois⁷⁴.

Tal faceta da interpretação adquire tamanha importância prática na vida dos indivíduos que seria, em certa medida, possível dizer que o conteúdo de uma peça textual, diga-se, um poema, é entregue pelo intérprete e não pelo texto em si.

⁷² Em uma comparação, a explicação tratar-se-ia daqueles fenômenos que seriam externos ao homem, ou seja que existam independentemente do homem, que simplesmente “são” independentemente do vocabulário conceitual usado para pensar sobre eles, e que “são” independentes das crenças sobre eles que o homem faça. Na comparação de CRISPIN WRIGHT, o pensamento humano aqui, no melhor, possui um *mapa* deste mundo. Mapas podem ser melhores ou piores representantes do terreno a eles concernentes, mas nada no terreno deve a eles sua existência ou seu modo de ser à instituição da cartografia ou às convenções ou técnicas empregadas (**Truth and Objectivity**. Cambridge: Harvard University Press, 1992. p. 2).

⁷³ **Teoria da Interpretação**. Lisboa: Edições 70, 1976. p. 85.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 87.

Na verdade, como sustenta STANLEY FISH, a própria *identificação do poema como tal* já é uma atribuição do intérprete, não existindo, por si só, nenhuma característica imanente ao texto que, ontologicamente, o separe de qualquer outro conjunto de símbolos linguísticos.

Apenas a postura do intérprete para com seu objeto molda o texto em um sentido de identificá-lo como um poema, uma peça teatral ou um código civil.

Nas palavras do citado autor, a fim de capturar o significado de um termo individual, é preciso já ter capturado a atividade geral em relação a qual ele pode possuir sentido, pois a comunicação ocorre apenas dentro de um sistema (ou contexto, ou situação, ou comunidade interpretativa) e que o entendimento atingido por duas ou mais pessoas é específico a esse sistema e determinado apenas por seus confins⁷⁵.

Isso não significa, por certo, que o objeto (o texto) “diga” *qualquer coisa*. Ou, melhor dizendo, isso não importa falar que o leitor possa dizer *qualquer coisa* acerca do texto.

Para a realidade desta dissertação (a jurídica) e para seus fins (o da construção da norma jurídica), isso implica que do texto do direito positivo não é possível a extração de qualquer conteúdo semântico.

Consoante pena de UMBERTO ECO, a noção de uma interpretação potencialmente ilimitada não significa que a interpretação não possua critérios, ou que a interpretação não tenha objeto e corra por conta própria, e arrematando – com o brilhantismo não do cientista, mas agora do romancista – “dizer que um texto potencialmente não tem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz”⁷⁶.

E prossegue o autor:

Um texto “aberto” continua, ainda assim, sendo um texto, e um texto pode suscitar uma infinidade de leitura sem, contudo, permitir uma leitura qualquer. É impossível dizer qual a melhor interpretação de um texto, mas é possível dizer quais as interpretações erradas. No processo de semiose ilimitada é possível passarmos um nó qualquer a qualquer outro nó, mas as passagens são controladas por regras de conexão que a nossa história cultural de algum modo legitimou [...] Antes que o texto seja produzido, seria possível qualquer espécie de texto. Depois que um texto foi produzido, é possível fazê-lo dizer muitas coisas – em certos casos, um número potencialmente infinito de coisas – mas é impossível – ou pelo menos criticamente ilegítimo – fazê-lo dizer o que não diz. Frequentemente os textos dizem mais do que seus autores pretendiam dizer, mas menos do que muitos leitores incontinentes gostariam que eles dissessem⁷⁷.

⁷⁵ **Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities**. Cambridge: Harvard University Press. p. 304.

⁷⁶ **Os Limites da Interpretação**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. XXII.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 81.

Se até agora já se verificou que o conteúdo semântico da mensagem é obtido por seu decodificador à luz de um código e que os textos em si (a mensagem) não contém algo de inerente acerca do *sentido*, ficar-se-ia apenas com uma significação autocrata?

Se não, seria possível então outorgar critérios à interpretação?

UMBERTO ECO sustenta que, à míngua de regras que ajudem a definir quais são as “melhores” interpretações, existe ao menos uma regra para definir quais seriam as “más” interpretações (que ele chama no referido texto de “superinterpretações”)⁷⁸.

Para os lindes deste trabalho, a saída está na literalidade das palavras.

É certo que por literalidade não se está a dizer um significado absoluto dos símbolos.

A literalidade a que se refere é um verdadeiro resgate do sentido literal, não porque os símbolos possuam um só significado possível, mas sim porque é possível falar-se em sentido literal à luz de um dado conjunto de suposições contextuais ou históricas, como fez JOHN SEARLE, sendo esse um excelente critério – e útil – para esta dissertação.

De acordo com o citado autor, para uma grande maioria de casos, o sentido literal de uma sentença decorre de sua aplicação relativamente a um conjunto de pressupostos cultural e historicamente estabelecidos pela evolução de um dado código (um idioma, *v.g.*, o português ou o inglês).

E mais, tal presunção não está, e nem poderia estar, na estrutura semântica da frase e as condições de verdade do enunciado tampouco estão na estrutura semântica de tal sentença⁷⁹.

O autor constrói o argumento demonstrando sentenças que possuem, independentemente de um contexto estabelecido no enunciado, um sentido literal, uma vez que subjacentes a um contexto não exposto, mas *pressuposto* pelo idioma compartilhado, que traz em si uma série de bagagem histórica e cultural.

O filósofo cita a frase “o gato está no tapete” e demonstra, ao longo de sua exposição, que a formação de significação para os signos em questão leva em consideração algumas

⁷⁸ **Interpretação e Superinterpretação**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 61.

⁷⁹ Literal Meaning. **Erkenntnis**. New York: Springer, 1978. 13. p. 207.

pressuposições compartilhadas pela sociedade de usuários do idioma, como se excluindo do sentido literal da frase um pequeno bichano flutuando no espaço sobre a ponta de tapete voador (talvez tal sentido literal não pudesse ser excluído em um contexto de conto das mil e uma noites arábicas, por exemplo...).

Portanto, verifica-se que o “sentido literal”, nestes limites, termina por ser um primeiro entreposto não para indicar a melhor interpretação, mas ao menos para desde logo indicar aquelas que transbordam o consenso cultural mínimo que paira sobre cada enunciado, diante do idioma compartilhado ou da própria situação em que a sentença é emitida⁸⁰.

Ou seja, o dito “sentido literal” existe para uma dada comunidade e para um dado tempo.

Os sentidos existem assim nos indivíduos exatamente por habitarem e serem habitados pela tradição, pela sua história, conforme percepção de HANS-GEORG GADAMER.

GADAMER defende que a tradição, a história vertida através da linguagem, oferece um fluxo de concepções no interior do qual se situa o indivíduo, fornecendo à razão os aspectos da realidade e da história com os quais irá trabalhar, reconhecendo-se que, em última análise, o “significado” não como uma propriedade imutável de um objeto; o “significado” é sempre “para o indivíduo”⁸¹.

Como afirma RICHARD E. PALMER:

A temporalidade passado-presente-futuro aplica-se tanto à compreensão científica como à não científica; é universal. Dentro ou fora das ciências não pode haver compreensão sem pressupostos. De onde nos vêm os pressupostos? Da tradição em que nos inserimos. Essa tradição não se coloca contra o nosso pensamento como um objeto

⁸⁰ Aceita-se desde agora eventual crítica de que o “limite” indicado para a interpretação usual, neste particular, seja na melhor das hipóteses, tênue. Contudo, como se verá a seguir, teceremos com maiores detalhes comentários acerca de uma teoria da interpretação como metodologia de aproximação do objeto. Por hora, faz-se como ARIANO SUASSUNA, ao admitir no prefácio de sua peça “O Santo e Porca” onde, questionando-se se uma obra de arte precisaria de explicações por parte de seu autor para ser interpretada pelo público, resta perplexo diante do quadro em que o público e a crítica se dividem quanto ao julgamento de uma obra artística. Sua conclusão, depois de se esbravejar quanto ao “critério” utilizado por cinco pessoas a considerarem mau um espetáculo que outras 58 diziam ser ótimo e outras 34 diziam ser bom, concluiu, com sua genialidade manifesta: “Mas assim vai o mundo, e, ao que parece, pior do que o escuro em que nos debatemos é a mania de ser dono da luz” (**O Santo e a Porca**. 26ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2012).

⁸¹ **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 423 e 424.

de pensamento; antes é produto de relações, é o horizonte no interior do qual pensamos⁸².

Uma pequena observação se faz necessária.

A noção de tradição e inserção histórica do sujeito e de um significado atrelado às pré-compreensões do indivíduo pode levar à conclusão de que todo o discurso científico seria inócuo, uma vez que suas conclusões, conforme crítica de EMÍLIO BETTI⁸³ e de E. D. HIRSCH JR.⁸⁴ poderia levar à total ausência critérios que permitissem distinguir uma interpretação “certa” de uma interpretação “errada”.

Sustenta o jurista italiano que “o texto a que um pré-conhecimento dá sentido não existe simplesmente para fortalecer a opinião que previamente sustentávamos; pelo contrário, temos que partir do princípio de que o texto tem algo a dizer-nos, que nós ainda ignoramos”⁸⁵.

Todavia, conforme noticia PALMER, o próprio GADAMER respondeu a BETTI acerca de suas críticas, declarando que em nenhum momento visava atentar contra o método (em especial o científico), pois procurava escrever como *é* feita a interpretação – e não somente a compreensão das ciências do espírito.

No prefácio à 2ª edição (1965) de sua obra *Verdade e Método*, GADAMER defende-se de tais críticas no sentido de que não teria sido sua intenção “[...] desenvolver um sistema de regras artificiais, que conseguissem descrever o procedimento metodológico das ciências do espírito, ou até guia-lo”⁸⁶.

A tônica de sua obra foi estritamente filosófica ou, em outras palavras, “o que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece”⁸⁷.

Portanto, as posições de GADAMER e de outros hermeneutas são completamente compatíveis entre si, pois tratam de realidades diversas.

⁸² **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969. p. 186.

⁸³ **Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften**. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1962.

⁸⁴ **Validity in Interpretation**. New Haven: Yale University Press, 1967.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 14.

⁸⁷ *Idem*.

A ontologia hermenêutica (hermenêutica filosófica) estuda o fenômeno da interpretação sob o ponto de vista de inserção do homem no universo da linguagem e da cultura de forma a moldar o seu entendimento de todos os fenômenos.

Em nada isso invalida – e este trabalho muito em breve passará a esta noção extensivamente – a possibilidade de se criar critérios mais rigorosos, em um reforço *metodológico*, destinado a verificar a validade de afirmações acerca de um objeto (v.g., um texto jurídico)⁸⁸.

Diante disso, verificado o que se considera como interpretação sob um ponto de vista ontológico – e justificada sua compatibilidade com *métodos* mais apurados de verificação da validade de enunciados – é o momento de se trabalhar com a teoria da interpretação, diferenciando-a da decisão para, enfim, o trabalho se mover em direção à análise econômica do direito como método.

3.3. INTERPRETAÇÃO E DECISÃO. UM CELEUMA NA DOCTRINA JURÍDICA. A DIFERENCIAÇÃO PELA DIREÇÃO DE AJUSTE DO DISCURSO.

⁸⁸ Importante frisar que, muito embora este trabalho admita o caráter ontológico da interpretação sob o ponto de vista da imersão do sujeito cognoscente e do objeto conhecido no âmago único da linguagem, não se aceita o que aparentemente é um equívoco comum da doutrina brasileira de que, aplicando-se tal entendimento à interpretação jurídica, concluem que “a doutrina e a jurisprudência predominantes estabelecem horizonte do sentido do jurista, a partir do qual ele compreenderá de forma objetificante ou desobjetificante o Direito [...] Esse horizonte de sentido é o ‘teto hermenêutico’, isto é, o limite do sentido e o sentido do limite no processo interpretativo” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 245). Rejeita-se tal concepção porque, como dito, a posição de GADAMER em referência dita que *qualquer* interpretação formulada pelo sujeito *necessariamente* será marcada pela tradição proveniente da linguagem compartilhada. Isto é, é *impossível* ao sujeito formular uma interpretação (qualquer que seja) alheia à tradição. É simplesmente inerente a ele, é da *ontologia* do ser. Por outro lado, a posição da parte da doutrina nacional a que se refere admite que a historicidade do sujeito importaria na “proibição” (limites) de interpretações que fugissem a tal “consciência histórica”, marcada em particular pelas obras doutrinárias e por julgamentos anteriores proferidos pelos tribunais (PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Os limites à interpretação das normas tributárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 100-101). Ocorre que a hermenêutica filosófica é de cunho *ontológica* e *não metodológica*. A historicidade do sujeito é um dado, independentemente de sua interpretação de um texto do Direito Positivo à luz da “doutrina e jurisprudência dominantes” ou não, pois a tradição a que se refere GADAMER não é “um limite” ao intérprete, como constrói parte da doutrina, mas sim algo proveniente do inerente ao próprio ser, do qual ele não escapa mesmo quando interpreta diferentemente de todos os demais estudiosos, pois, ao fim e ao cabo, qualquer intérprete o faz à luz da linguagem, linguagem essa que é compartilhada por outros, os quais se situam na mesma tradição daquele e, portanto, partilham a mesma historicidade. Portanto, não se cogita adotar a postura de GADAMER, como aparentemente de modo equívoco faz parte da doutrina nacional, para trazer “limites” ao intérprete (o que ele mesmo rejeita em sua obra), mas sim apenas colocar tal alerta como pano de fundo para a ontologia da interpretação, sem prejuízo, por certo, a questões de metodologia da interpretação, para as quais, a bem da verdade, a teoria gadameriana nada contribui e, a bem da verdade, sequer era seu propósito.

Prosseguindo o esforço da dissertação, necessário endereçar a um embaraço que se reputa cotidiano da doutrina jurídica – especialmente a nacional – no tocante à interpretação jurídica.

Uma das grandes questões apresentadas em quaisquer trabalhos de interpretação que a doutrina jurídica apresenta (e veja-se, o perfil de seu discurso é exclusivamente doutrinário, isto é, dogmático, o que já deveria ser a solução para tal questão) é a incapacidade da ciência do direito de prever as interpretações que serão tomadas pelos agentes eleitos pelo Direito Positivo para a própria aplicação do Direito.

Dito de outra forma, é notável a ausência de capacidade preditiva das proposições científicos da ciência do direito⁸⁹.

A doutrina se digladiava entre suas análises do Direito Positivo e suas eternas críticas aos julgamentos oriundos do Poder Judiciário cuja interpretação do ordenamento jurídico “não foi a melhor”, “fez uma leitura equivocada do sistema” ou ainda “errou completamente”.

As obras jurídicas redundam de elocuções de tal gênero.

Segundo se entende – e esse é o ponto que se deseja tecer aqui antes de adentrar no ponto da análise econômica do direito em si – é que a doutrina jurídica vem se mostrando incapaz de separar dois fenômenos próximos mas significativamente diversos: a *interpretação jurídica* da *decisão jurídica*⁹⁰.

A teoria da interpretação jurídica tradicionalmente feita busca criar modelos de conteúdo semântico de normas jurídicas cujo propósito, seria o de estabelecer, nas palavras de

⁸⁹ Causa maior espécie ainda, na verdade, é que há centenas de anos a ciência do direito ainda se submete cegamente às ditas “doutrinas”, esperando delas uma capacidade preditiva não apresentada no passado, contrariamente até ao alerta de HILTON JAPIASSU no sentido de que ao longo da história as teorias científicas que se impuseram foram as que se revelaram mais fecundas, sintéticas e preditivas (**Nem tudo é relativo. A Questão da Verdade**. São Paulo: Editora Letras & Letras, 2000. p. 69).

⁹⁰ Importante repisar que este trabalho ratifica inteiramente – como não poderia deixar de ser – a diferenciação entre a função prescritiva (ordenadora de comportamentos) e a função descritiva (descritora de normas jurídicas, com as observações acima acerca da interpretação como construção cultural do objeto), como faz PAULO DE BARROS CARVALHO (**Curso de Direito Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35). Como se verá a seguir, a decisão jurídica para esta dissertação possui sentido maior do que, por exemplo, uma decisão judicial ou mesmo administrativa do Estado, podendo ser tomada por qualquer centro de *escolhas* desde que leve em consideração como parte de seus incentivos uma norma jurídica, como igualmente fez CRISTIANO DE CARVALHO em sua tese de doutorado. É a *construção interpretativa* dessa norma jurídica pelo agente no átimo da decisão e não da interpretação, que este trabalho diferencia, mas por certo sem descurar da função linguística empregada na enunciação.

LÊNIO STRECK, o “horizonte do sentido do jurista”, a partir do qual os intérpretes futuros (também os aplicadores do Direito, imagina-se, pois a teoria tradicional não faz essa distinção) realizar o processo interpretativo⁹¹.

Em sua teoria da interpretação jurídica estabelecerá quais os limites da interpretação, quais os “melhores” conteúdos semânticos possíveis das normas jurídicas.

Este trabalho adotará uma perspectiva diferente, pois entende ser imprescindível separar, para qualquer teoria que se pretenda capaz de possuir capacidade preditiva, duas realidades distintas, a seara da decisão do campo da interpretação jurídica, sendo essa mescla despercebida da ciência do direito tradicional, infelizmente, uma fonte de equívocos e perplexidades.

Qualquer teoria da interpretação busca extrair uma fotografia do Direito Positivo. Seu plano não é o ordenamento, mas sim o sistema de direito positivo, posto a um determinado momento e em um determinado espaço⁹².

Seu objeto é o conglomerado de *comunicações* – e essa percepção é de pronto para este trabalho bastante importante – que se voltam para a sociedade em forma de um discurso prescritivo.

Ocorre que, diante deste plexo de mensagens, seu escopo é o de emitir atos de fala assertivos acerca de tal conjunto, importando, com isso, que a interpretação jurídica nada mais é do que a enunciação de comunicações que possuem uma *direção de ajuste* do tipo *palavra-mundo*.

Porém, diferente da interpretação em si, do ato de decidir – e aqui somente importa aquelas decisões em que os enunciados do Direito Positivo possam ter alguma influência, sejam elas provenientes de órgãos estatais ou não, como, *e.g.*, uma decisão acerca de uma cláusula contratual autorizar ou não um determinado comportamento do contratante – não exsurgem

⁹¹ Para Além da Retórica, uma Hermenêutica Jurídica não relativista. In: LEITE, George Salomão e STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 24.

⁹² Adota-se aqui idêntico pacto semântico àquele formulado por CARLOS E. ALCHOURRÓN e EUGENIO BULYGIN, pelo qual, para evitar a ambiguidade na expressão “ordenamento jurídico”, utiliza-se o termo “sistema” para se referir ao conjunto de normas e o léxico “ordenamento” no sentido de sequência de conjunto de normas, cuja unidade se daria pela identidade de critérios utilizados para a identificação dos conjuntos normativos pertencentes à sequência. Ou seja, a aplicação dos mesmos critérios em tempos diferentes levará a resultados diferentes, de maneira que o ordenamento jurídico é variável no tempo, mantendo-se, contudo, o mesmo critério identificador. Alterando-se o critério, altera-se a ordem jurídica (**Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 397).

comunicações cuja direção de ajuste é do tipo palavra-mundo, mas sim atos de fala cuja direção de ajuste é da espécie *mundo-palavra*.

Explica-se, com maiores detalhes.

A noção de direção de ajuste (*direction of fit*), como utilizada neste trabalho fora concebida pela filósofa irlandesa G. E. M. ANSCOMBE em 1957⁹³.

ANSCOMBE concebeu um exemplo que se tornou clássico do homem saindo às ruas com uma lista de compras que sua esposa lhe conferira. Existe uma clara relação entre essa lista e as coisas que de fato esse homem comprou. Por outro lado existe uma relação bastante diferente entre uma lista *exatamente* idêntica àquela, que se encontra nas mãos do detetive que sua mulher contratara para que seguisse o homem pelas ruas.

Nas palavras da autora:

[...] se a lista e as coisas que o homem efetivamente comprar não coincidirem, e se isso e somente isso significar um *erro*, então o erro está não na lista mas na performance do homem (se sua mulher lhe dissesse: ‘Olhe, aqui diz manteiga e você comprou margarina’, ele então diria: ‘Que erro! Eu preciso acertar isso’ e alteraria a palavra na lista para ‘margarina’); ao passo que se a lista do detetive e o que o homem efetivamente comprara não coincidissem, então o erro se encontrará na lista⁹⁴.

O que o exemplo pretende dizer, como bem explicado por JOHN SEARLE, é que algumas elocuições possuem, como parte de seu propósito ilocucionário, fazer com que seu conteúdo proposicional correspondam ao mundo, enquanto outras buscam fazer com que o mundo corresponda ao seu conteúdo⁹⁵.

No caso exemplificado por ANSCOMBE, o propósito da lista entregue por sua esposa ao homem é fazer com que o mundo corresponda às palavras⁹⁶, ou seja, o homem deve fazer com que suas ações, com que seu comportamento se ajuste à lista.

⁹³ HUMBERSTONE, I. L. Direction of fit. *Mind*. Vol. 101, 401, January 1992. Oxford University Press, 1992. p. 3.

⁹⁴ **Intention**. 2nd ed. Cambridge: Harvard University Press, 1963. p. 56.

⁹⁵ **Expressão e Significado**: estudos da teoria dos atos de fala. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5.

⁹⁶ Considerando aqui a correspondência do mundo no sentido que elaborou J. L. AUSTIN ao asseverar que todo portador-de-valor-de-verdade está correlacionado a um fato possível; se esse fato possível realmente acontece, então o portador-de-valor-de-verdade é verdadeiro; caso contrário, é falso. A verdade assim é considerada como uma relação quaternária entre uma afirmação (é a informação transmitida por uma sentença declarativa), uma sentença, um estado de coisas (um fato possível), e um tipo de estado de coisas. A correspondência assim seria determinada por *convenções linguísticas*, que especificam se o estado de coisas ao qual uma sentença se refere é do tipo apropriado para torná-la verdadeira (Truth. In: LYNCH, M. P. **The nature of truth: classic and contemporary perspectives**. Massachusetts: The MIT Press, 2001. p. 28).

Por outro lado, no caso do detetive, o propósito de sua lista é o oposto: o de fazer com que as palavras se ajustem ao mundo, ou seja, deverá ele formular a sua lista de modo que a mensagem se adeque ao comportamento do comprador.

Portanto, se o detetive ostentar uma lista equivocada e verificar posteriormente que anotou margarina ao invés de manteiga, bastará a ele apagar da lista a palavra errada e anotar a palavra certa; todavia, se o homem chegar com a margarina enquanto a lista ostentar a palavra “manteiga”, esteja ele pronto para retornar ao mercado, pois simplesmente apagar “manteiga” da lista não tornará seu comportamento “correto”.

Essa diferença reside na *direção de ajuste* das forças ilocucionárias que operam em ambas comunicações.

A lista do homem que lhe fora entregue por sua esposa possui uma direção de ajuste *mundo-palavra* (ou em uma representação gráfica de maior facilidade **mundo → palavra**, pois aqui é o mundo que deve se ajustar para se encontrar com o conteúdo semântico da elocução).

Essa é a direção de ajuste própria de pedidos, promessas e, acima de tudo, no que é especialmente interessante para esta dissertação, comandos e ordens.

A lista do detetive, ao revés, possui uma direção de ajuste *palavra-mundo* (ou, seguindo a mesma representação **palavra → mundo**, uma vez que aqui é a palavra que deve se ajustar para “espelhar” o mundo).

Essa é a direção de ajuste peculiar às asserções e às explicações⁹⁷.

Ainda bastante importante é observar que a essas direções de ajuste correspondem estados mentais do emissor do ato locucionário.

No caso de elocuições com direção de ajuste *palavra → mundo*, o estado mental que é adequado a esta força ilocucionária é a crença (*belief*) de que alguma coisa seja verdadeira e o ser verdadeira é o seu ajuste no mundo; a falsidade é uma falha decisiva na crença e as crenças falsas devem ser descartadas.

Lynch, 2001, p. 25-40.

⁹⁷ Realmente, existem outras direções de ajuste com a qual os estudiosos dos atos de fala trabalham, como a *palavra-palavra* e a direção *mundo-mundo*. Este trabalho delas não necessita e, portanto, as ignorará doravante, concentrando-se nas duas que interessam, como é possível perceber, à interpretação e à decisão jurídicas.

Noutro talante, as elocuições com direção de ajuste mundo → palavra correspondem ao estado mental do desejo (*desire*) de que alguma coisa seja realizada e sua realização no mundo é o seu ajuste.

Entretanto, diferentemente das crenças, o fato de um desejo não ser realizado não significa uma “falha” no desejo e muito menos uma razão para que o desejo seja descartado. O mundo, ainda assim, deve ser alterado de modo a satisfazer tal desejo e não o contrário⁹⁸.

Por exemplo, suponha-se que um determinado sujeito possua a crença de que *p*.

Uma crença de que *p* tende a deixar de existir diante da presença da percepção de que *não-p*. Por outro lado, se o mesmo sujeito possuir o desejo de que *p* e, supondo-se que tal desejo tende a se manter, esse indivíduo estará disposto a alterar o mundo ao seu redor para que *p* efetivamente seja.

Este trabalho admite que o ato de interpretar significa a emissão de uma elocução com direção de ajuste de **palavra → mundo**, ao passo que o ato de tomar uma decisão (jurídica, como se disse acima) importa na emissão de uma elocução com direção de ajuste de **mundo → palavra**.

Tal assertiva também implica a adoção da hipótese de que os sujeitos interpretam – no caso, o Direito Positivo – com base em *crenças* de mundo, ao passo que os mesmos sujeitos decidem – aqui, sob a sombra do mesmo Direito – animados por seus *desejos* de mundo.

No primeiro caso, apesar das limitações inerentes à ontologia da interpretação, não se põe de outra forma o sujeito se não a fim de buscar a “explicação” de determinado objeto⁹⁹ de modo que qualquer outra pessoa, se tiver suficiente experiência e razão sobre ele, seja levada à mesma conclusão¹⁰⁰.

No segundo caso, o sujeito deseja na verdade é que sua vontade (seu desejo, seu querer) simplesmente seja (*fiat*), de maneira que o aspecto principal na decisão não é a sua crença de como “é” o Direito Positivo, mas como o sujeito “deseja” que ele seja naquele específico caso¹⁰¹.

⁹⁸ PLATTS, Mark. **Ways of Meaning**. London: Routledge and Kegan Paul, 1979. p. 257.

⁹⁹ Melhor seria dizer ainda em sua construção linguística, mas se manterá o termo em homenagem à simplificação da ideia, desde que não se abandone tudo quanto o dito anteriormente.

¹⁰⁰ PIERCE, Charles S. The Fixation of Belief. **Popular Science Monthly**. Vol. 12. November, 1877. p. 10. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/peirce-charles-fixation-belief.pdf>>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

¹⁰¹ Reconhece-se que a ideia aqui defendida realmente se aproxima da teoria humeana da motivação, assim intuitiva em razão do filósofo escocês que a concebeu, DAVID HUME. Conforme sustenta MICHAEL SMITH, em linhas básicas, a teoria da motivação de HUME admite determinada causa é a motivação de outro ato quando haja um

Em verdade, a “crença” aqui adquire foros de um meio em vista do fim procurado ou, como verbaliza MARINA VELASCO, uma “crença-desejo”¹⁰².

Reputa-se que a importância desta diferenciação para o estudo do direito é extremamente relevante e pode ser capaz de ao menos explicar os embaraços da doutrina jurídica.

A ciência do direito, ao estabelecer construir seu objeto à luz da linguagem, “compreendendo” o Direito Positivo, emite proposições que possuem uma direção de ajuste no sentido **palavra → mundo**, ou seja, são as elocuções *descritivas* do cientista que devem se encaixar no “mundo”, mundo esse que, para o cientista do direito, neste trabalho, é o Direito em si, como já explicitado no primeiro capítulo.

Ocorre que o Direito visa regular os comportamentos humanos. Seu objetivo é o de moldar condutas, é impelir que se façam coisas que, em geral, não se gostaria que fossem feitas.

O Direito demanda que se pague tributos mesmo quando se saiba que há melhores usos para o dinheiro ou que se pense que tais pagamentos são esdrúxulos. Ele exige obediência a regulações de tráfego mesmo quando as circunstâncias as façam parecer despropositadas. Ele demanda a prestação de serviço militar mesmo quando se crê ser isso imoral, contra perigos exagerados ou, o que talvez seja pior, contra inimigos imaginados¹⁰³.

O Direito não busca explicar o mundo ao seu redor. Tal escopo vai além do propósito da sua comunicação e muito mais ainda distante de suas capacidades historicamente verificadas.

Ele busca comandar condutas, o fazendo com maior ou menor sucesso a depender do caso.

E ao comandar condutas, ele busca agir sobre a *ação* das pessoas, ação esta que se encontra sujeita à *vontade*, aos *desejos* que as movem, como acima referenciado.

desejo (*desire*) de que tal ato aconteça e uma crença que seja adequada a àquele desejo (*means-end belief*). Assim ocorre porque HUME defende que o raciocínio voltado às ações somente se dão em decorrência das paixões – isto é, das aversões ou das propensões que se sente em razão das coisas que habitam o ambiente que nos cerca. A razão, por si só, não produz ação e nem gera volição, de maneira que “[...] esta mesma faculdade é igualmente incapaz de impedir uma volição ou de disputar nossa preferência com qualquer paixão ou emoção” (HUME, David. **Tra-tado da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2009. p. 450-451). Por outro lado, como é impossível se cogitar em uma crença contrária à razão do sujeito, HUME sustenta que os desejos encontram-se sempre *acompanhados* de algum juízo ou opinião, ou seja, de uma interpretação.

¹⁰² Hume, as Paixões e a Motivação. **Analytica Revista de Filosofia**. Vol. 6. N.º 2. 2001-2002. p. 56. Disponível em: < <https://revistas.ufrj.br/index.php/analytica/article/view/465/422>>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

¹⁰³ SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 1.

Nesse contexto, ao trabalhar sobre ações, que por sua vez se mobilizam à luz de desejos, os indivíduos sujeitos a determinado sistema de direito positivo construirão sua crença acerca do que lhes é permitido, proibido ou ordenado *fazer exatamente como meios para os fins de sua própria vontade*.

Em outras palavras, a “interpretação” do Direito Positivo construída no ato de decidir, no momento da ação, adquire foros de “crença-desejo”, pois, na verdade, a direção de ajuste da dita “interpretação” aqui não é idêntica àquela formulada pelo cientista do direito que visa meramente descrever o direito positivo (palavra → mundo)¹⁰⁴.

Aqui a direção de ajuste da elocução do agente – poder-se-ia dizer da linguagem *latto sensu*, mas como afirmado, mantém-se o império da palavra escrita por simplicidade – vai no sentido oposto, **mundo → palavra**, tornando esse um *fenômeno completamente diferente daquele e que, por isso, pode gerar – e cotidianamente gera – resultados diametralmente diversos*.

A interpretação formulada pelo cientista do direito de seu objeto estático (o sistema de direito positivo) se calca em suas crenças, em sua visão de como o mundo do Direito Positivo é.

A “interpretação” formulada pelo indivíduo ao tomar uma decisão sob a influência do Direito Positivo se calca em seus desejos¹⁰⁵, figurando como meio para o fim almejado, desiderato esse que implica como o mundo *deveria ser* (o arcabouço jurídico desenhado é apenas um meio para tanto).

Por isso, é bastante insegura a posição da escolástica tradicional em procurar construir tomos de obras interpretativas e entender que tais textos irão servir de “limites interpretativos” ou “horizontes interpretativos” nas decisões tomadas para o futuro.

Evidentemente, e isso é bom que se diga, não se advoga a inutilidade de tais esforços intelectuais ou se impinja-lhes a pecha de “videntes de fatos passados”.

¹⁰⁴ Intrigante é a conexão que esta ideia possui com o debate entre UMBERTO ECO e RICHARD RORTY na obra já citada (*Interpretação e Superinterpretação*). Nela, o pragmático americano desconstrói qualquer distinção entre o *uso* e a *interpretação* de textos. Na verdade, como afirma, “tudo o que alguém faz com alguma coisa é usá-la” (p. 110). Para este trabalho, a distinção é traçada à luz da direção de ajuste do discurso pois, no caso do sentido palavra → mundo há sim a interpretação (o que é *completamente* diferente de dizer que seja um espelho da realidade, mas apenas uma intenção) ao passo que no sentido mundo → palavra o texto é efetivamente *usado* pelo seu intérprete como “crença-meio” ao seu objetivo.

¹⁰⁵ O que poderia inclusive explicar em parte o porquê de tantas decisões da vida particular e de aspectos até então não tocados pelo Direito vêm sendo tomadas com alegada motivação sobre normas jurídicas. De fato, a presença desejada de uma regra jurídica pode ser um “bom argumento”.

Ao contrário. Seu potencial explicativo é enorme e realmente seus trabalhos são capazes de moldar as preferências dos indivíduos (*desejos*)¹⁰⁶.

O que a interpretação do sistema do direito positivo pela ciência do direito não é equipada para fazer é a predição de se as decisões jurídicas futuras serão tomadas com base no conteúdo semântico das normas jurídicas por ela desenhado em suas obras doutrinárias, pois a direção de ajuste do discurso da interpretação é oposto ao da decisão.

Os fenômenos são bastante diversos para que essa capacidade preditiva atinja seu objetivo.

As doutrinas que miram no problema da interpretação, segundo aqui defendido, acabam por pecar na incompletude de não verificar os campos diferentes da construção semântica de seu objeto *ex ante* (a doutrina) e sua construção *ex post* (o átimo da decisão, da aplicação).

Por exemplo, no caso da tópica jurídica, em que os *topoi* seriam “[...] pontos de vista utilizáveis e aceitáveis por toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”¹⁰⁷, ao que parece o Direito Positivo (enquanto primeiro plano de significação) é apenas mais um *topos* podendo, por isso, ser desconsiderado em prol de outros pontos de argumento, minando sensivelmente a capacidade preditiva de decisões jurídicas (isso para não se dizer o próprio Direito).

Nos casos em que se busca construir uma doutrina da interpretação jurídica sob os escopos de critérios objetiváveis de justiça – entre inúmeras divergências pontuais, é a corrente que, ao menos no Brasil, encontra maior força, ao menos entre aqueles que sequer dão atenção a este sensível problema – as decisões tomadas alegadamente sob essa matriz filosófica terminam por se desviar de qualquer razão formulada pelos estudiosos, descambando para um voluntarismo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Como se verá adiante, há que se fazer uma ressalva contundente quanto aos “desejos”, pois não ao trazer esta palavra, não se considera apenas desejos egoístas ou se desconsidera que uma pessoa pode ter por desejos a de beneficiar um terceiro, a de se sacrificar em prol do próximo ou, no caso das decisões cotidianamente enfrentadas no Direito, a de seguir a “doutrina majoritária” em seus posicionamentos e etc.

¹⁰⁷ WIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 26-27.

¹⁰⁸ GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. Vol. 1. Nº. 01. Jan-Jun, 2010. p. 15.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, que por si só já ensejaria um trabalho muito superior a este, o objetivo destas linhas foi o de apenas identificar realidades assaz distintas o que, de *per se*, já impede que se confie na doutrina jurídica tradicional como capaz de prever, com um grau adequado de certeza, as decisões jurídicas posteriores.

Portanto, se entende que a ciência do direito pode estudar ambos fenômenos (a interpretação jurídica e a decisão jurídica), desde que de maneiras diferentes.

Contudo, o escopo deste trabalho não é uma análise da decisão jurídica mas, ao contrário, é um trabalho interpretativo acerca da Lei Federal n.º 9.099/1995 em especial, dos enunciados prescritivos de seus artigos 54 e 55.

Dito de outra forma, o objeto desta dissertação é, sob o foco da análise econômica do direito, construir *uma* (e não “a”) interpretação de tais dispositivos.

Por isso, explicitada a diferenciação entre uma análise da decisão e uma análise da interpretação, focar-se-á doravante exclusivamente na realização da interpretação em si, segundo os pressupostos aqui ventilados e na análise econômica do direito enquanto método de observação do fenômeno jurídico.

2.4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ENQUANTO MÉTODO INTERPRETATIVO.

Como visto, a interpretação jurídica se propõe *apenas e tão somente* a criar um modelo ideal através do qual o sujeito cognoscente pode se aproximar (*i.e.*, construir linguisticamente) do real que, no caso do Direito Positivo, é um fato institucional¹⁰⁹.

Em se tratando de um objeto cultural, próprio às ciências do espírito, o ato de sua (re)construção linguística, como visto, ocorre pela compreensão.

Tal compreensão, como afirma PAUL RICOEUR, se inicia pelo ato da *conjectura*.

¹⁰⁹ Ideia cunhada por ANSCOMBE e terminologia popularizada por SEARLE, visa separar porções do mundo real que apenas são fatos em razão do consenso humano (*i.e.*, somente existem porque as pessoas acreditam que eles existam) daqueles que não dependem das preferências, avaliações ou atitudes moral de quem quer que seja. Os primeiros foram batizados de fatos institucionais ao passo que os outros, de fatos brutos. Os primeiros “[...] requerem instituições humanas para sua existência [...] Os fatos brutos não requerem instituições humanas para sua existência. Evidentemente, para que se possa afirmar um fato bruto é preciso a instituição da linguagem, mas o fato afirmado precisa ser distinguido da sua afirmação” (**The Constitution of Social Reality**. New York: The Free Press, 1985. p. 2).

A conjectura ora mencionada é, por assim dizer, uma verdadeira adivinha acerca da intenção do texto, do seu sentido¹¹⁰. Tratando-se o texto de uma forma de comunicação, relembra-se as lições de DAVID K. BERLO, acima: a primeira atitude diante de uma comunicação é entender o seu *propósito*.

No caso dos textos do Direito Positivo, diante de uma série de enunciados prescritivos, o intérprete deve primeiramente conjecturar: qual é o *objetivo* da norma jurídica, qual é o propósito.

Por exemplo, ao se construir a norma jurídica que pune com pena de reclusão de 6 a 20 anos um crime de homicídio, é possível conjecturar que o objetivo do Estado seja o de prender as pessoas, pois esse é seu “propósito”, ou então é factível ainda que o intérprete, diante do texto, entenda que ao criar tal sanção, o objetivo do Estado é assegurar que ela seja de tal monta que ninguém se arvore a ceifar a vida alheia, pelo temor da sanção (efeito dissuasório).

Isso não significa que a interpretação retorna a um impossível *mens legis* ou *mens legislatoris*. Ambos conceitos não são relevantes para a conjectura pois tanto o conteúdo da mensagem não se encontra nas palavras em si (o que impede o *mens legis*) nem é possível ao leitor tocar o sentido da comunicação, que reside exclusivamente em seu emissor (o que impede o *mens legislatoris*).

A conjectura inicial diante de um texto a ser interpretado é uma postura exclusiva e isolada do leitor, do intérprete.

Então retomar-se-ia a figura de um intérprete “solipsista”¹¹¹? Seria isso?

Também crê-se que não.

A conjectura sobre o propósito da comunicação jurídica é apenas o primeiro passo ao trabalho do intérprete. Uma vez que se está não analisando a interpretação ontológica, mas sim a interpretação enquanto método científico de aproximação de um objeto (o Direito Positivo), é ao exatamente *enunciar* esta conjectura “em voz alta” que se poderá passar a controlar os resultados do intérprete doravante.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 89-91.

¹¹¹ Utiliza-se o léxico solipsismo nos seguintes termos: “é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles” (BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 367).

Sim, a conjectura enunciada pelo sujeito cognoscente figurará como *axioma*¹¹² a partir do qual todas as proposições futuras terão sua coerência avaliadas, assegurando-se um discurso doravante controlável pela comunidade de interpretantes.

E é exatamente a partir daqui que a análise econômica do direito encontra seu diferencial e se mostra um instrumento metodológico útil para a construção de um discurso controlável pela comunidade de interpretantes, pois, contrariamente a diversos outros métodos de interpretação – que omitem ou deixam apenas subentendido a conjectura inicial – depende necessariamente da conjectura iniciada e deriva, a partir daí, passo a passo a construção de significações e o apontamento de significados para cada enunciado prescritivo do sistema até a formação da norma.

Outrossim, à luz de suas próprias particularidades metodológicas, permite enfim a verificação de *utilidade* ou não da conjectura enunciada quando autoriza (na verdade praticamente demanda) a verificação empírica das proposições interpretativas formuladas.

Pois bem.

A análise econômica do direito (AED), para este trabalho, é o arcabouço teórico calcado na aplicação de postulados da Economia aos enunciados prescritivos do Direito Positivo ou, nas palavras de RICHARD POSNER, é o instrumento de análise consistente no uso de teorias e do método característico da economia para aumentar o entendimento do sistema legal¹¹³.

Quando se fala em economia, ou na ciência econômica, vale trazer à colação a sistematização proposta por LIONEL ROBINS que bem se adequa às finalidades da análise econômica do direito, pois não partiu das categorias que se imagina usuais para os fatos econômicos (v.g., produção, dispêndio, riqueza e etc.).

ROBINS fixou quatro pontos relevantes para a economia: a *multiplicidade de fins* (os objetivos que as pessoas visam alcançar são diversos), a *priorização de fins possíveis* (os fins possuem prioridade diversa entre si), *limitação dos meios* (os meios para alcançar os fins

¹¹² Conforme lições de J. FERRATER MORA, axiomas são “[...] proposições irreduzíveis, princípios gerais aos quais e reduzem todas as outras proposições e nos quais estas necessariamente se baseiam. O axioma possui, por assim dizer, um imperativo que obriga ao assentimento uma vez que seja enunciado e entendido [...] Hoje, não se hesita em tratar os axiomas como enunciados hipotéticos. Os próprios sistemas axiomáticos são definidos às vezes como sistemas hipotético-dedutivos” (*Op. cit.*, p. 243-244).

¹¹³ The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**. vol. 53, n. 4, 1975.

múltiplos são limitados) e *a possibilidade de emprego alternativo dos meios* (idênticos meios podem ser empregados para fins diversos).

Diante destes quatro fatores, ROBINS concebeu que apenas a capacidade humana de fazer escolhas é o liame que une estes fatores, sendo portanto a economia a *ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos*¹¹⁴.

Em linhas gerais, o que a análise econômica do direito faz é utilizar conceitos essencialmente microeconômicos para analisar o fenômeno jurídico¹¹⁵, aplicando algumas de suas categorias na construção do conteúdo semântico, pelo intérprete, das normas jurídicas, tendo por base os enunciados prescritivos do Direito Positivo.

Como se verifica, ao contrário do que muitas vezes – equivocadamente – se aponta, a análise econômica do direito não se resume a uma redução dos institutos jurídicos (direito subjetivo, dever jurídico, negócio jurídico, obrigações, responsabilidade civil, processo, relação jurídica e etc.) às categorias da economia¹¹⁶.

Como afirma ROBERT COOTER, a alegação de que a análise econômica venha substituir a ciência do direito não possui sustentação, uma vez que existem algumas áreas do Direito que possam ser explicadas pela economia, mas em outras áreas em que tais explicações tornar-se-ão sempre incompletas¹¹⁷.

De fato, entende-se que a análise econômica não se presta a substituir a ciência do direito e, em especial, a teoria do direito, cujo papel central é o estudo da linguagem dos juristas¹¹⁸.

¹¹⁴ **Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2nd ed. London: Macmillan and Co. Limited, 1945. p. 16. Disponível em: <https://mises.org/sites/default/files/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science_2.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2018.

¹¹⁵ Efetivamente, a análise econômica do direito pode tanto concentrar-se na formulação de interpretações do Direito Positivo (o que será efetivamente explorado neste trabalho, não só teoricamente, mas, diante da base teórica, em um exemplo específico, que é o foco da dissertação) bem como na análise das decisões tomadas que possuam – conjunta ou isoladamente com outros fatores – as normas jurídicas como um ou algum dos incentivos que moldam as preferências do indivíduo. No primeiro caso, o foco é a *construção* da regra (a norma jurídica) ao passo que no segundo, a norma jurídica (evidentemente com seu conteúdo semântico pleno) é um dado, um pressuposto, restando saber como o indivíduo comportar-se-á à luz desse incentivo.

¹¹⁶ Por todos, vide as críticas de RONALD DWORKIN nesse sentido no livro *El Imperio de la Justicia*.

¹¹⁷ Law and the Imperialism of Economics: an introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. **UCLA Law Review**. Vol. 29, n.º 29, 1982. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1680&context=facpubs>>. Acesso em 04 de agosto de 2018.

¹¹⁸ ROBLES, Gregório. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Madrid: Debate, 1996. p. 156.

Pois bem, dito isso, é necessário ainda indicar uma outra subdivisão na análise econômica do direito que opera tanto em sua vertente interpretativa quanto em sua vertente preditiva de teoria da decisão jurídica, que é a diferença entre a AED *positiva* e a *normativa*¹¹⁹.

Já se consideram clássicas as lições de MILTON FRIEDMAN no sentido de explicitar para fins científicos a diferença – para a ciência econômica, mas plenamente aplicável à seara jurídica – entre o discurso positivo e o normativo.

O primeiro seria, em princípio, independente de qualquer posição ética em particular, ou de julgamentos normativos, lidando com “o que é” e não com o que “deve ser”, sendo a sua tarefa de prover um sistema de generalizações que possam ser usadas para fazer previsões corretas acerca das consequências em qualquer mudança nas circunstâncias, tendo sua performance julgada por sua precisão e conformidade da experiência com as precisões que sustenta.

Por outro lado, haveria também também o chamado discurso normativo (*normative economics*), que, apesar de também fazer previsões, traz enunciados normativos (*normative statements*), sobre o que deveria ser realizado ou construído¹²⁰.

No caso da análise econômica do direito, a AED positiva busca explicar as consequências das normas jurídicas no comportamento humano. Seu papel na análise da decisão é buscar explicar e prever o comportamento à luz de uma *dada* norma jurídica. Por outro lado, seu passo na interpretação é, à luz de uma conjectura sobre qual (ou quais) os propósitos de uma comunicação do Direito Positivo, construir uma interpretação (*i.e.*, a norma jurídica) que atinja esse objetivo da melhor¹²¹ forma possível¹²².

¹¹⁹ MICELI, Thomas J. **The Economic Approach to Law**. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 2009. p. 02.

¹²⁰ FRIEDMAN, Milton. **Essays in Positive Economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1953. p. 4.

¹²¹ No momento em que se utiliza a palavra “melhor”, neste contexto, não se quer dizer outra coisa que não “eficiente”. A ciência econômica possui diferentes maneiras de tratar da eficiência. O critério mais tradicional para se tratar da eficiência é o critério de Pareto, pelo qual uma alocação de recursos somente será eficiente (Pareto ótima) se e somente se qualquer alocação posterior puder aumentar o bem estar de um indivíduo somente às custas do bem estar de outro. Portanto, uma alocação de recursos é Pareto superior a uma outra alternativa se e somente se ninguém terminar em uma situação pior do que a distribuição de bem estar anterior e ao menos uma pessoa for beneficiada. Por outro lado, o outro critério mais comumente utilizado, batizado de Kaldor-Hicks, em homenagem aos dois economistas de cujas teorias seus postulados são extraídos, um certo ponto das relações econômicas será eficiente sob a ótica Kaldor-Hicks em relação a outro se e somente se o acréscimo de bem estar no movimento do primeiro ponto ao segundo puder inteiramente compensar aqueles que tiveram seu bem estar diminuído com um ganho em rede do bem estar. Os perdedores não são verdadeiramente recompensados; apenas a potencialidade de uma compensação, decorrente do ganho agregado (em rede), já perfaz o critério Kaldor-Hicks (KATZ, Avery Wiener. **Foundations of the Economic Approach to Law**. San Francisco: LexisNexis, 2006. p. 10-11). Nesta dissertação, quando a palavra eficiência for utilizada, entenda-se como sendo a eficiência Kaldor-Hicks. Se em algum momento a eficiência de Pareto for mencionada, ela será expressamente referenciada.

¹²² Este trabalho voltará especialmente ao papel da AED positiva logo adiante, pois este é seu escopo. Os demais tópicos serão apenas mencionados a fim de reforçar o pacto semântico.

A AED normativa, contrariamente, questiona sobre como deveria ser o Direito Positivo, a fim de satisfazer determinadas preferências ou como deveria ser uma tal decisão tomada sob a ótica do Direito¹²³.

Neste trabalho, em linhas gerais, trabalhar-se-á apenas com a análise econômica em seu caráter *positivo*, pois seu objeto não é dizer como *deveria* ser a interpretação dos enunciados prescritivos que tratam do acesso aos juizados especiais cíveis, mas apenas, verificando seus efeitos sobre o comportamento dos indivíduos, construir uma interpretação que *seja* maximizadora dos propósitos conjecturados da comunicação contida na Lei Federal n.º 9.099/1995.

Porém, é preciso sempre ter em mente o alerta de RICHARD LIPSEY, bastante pertinente com as limitações do sujeito interpretante já expostas neste capítulo:

Os cientistas são seres humanos. Muitos têm valores fortemente arraigados e podem deixar que seus juízos de valor obscureçam a sua avaliação da evidência. Por exemplo, muitos cientistas não estão nem preparados para considerar a evidência de que possa haver diferenças de inteligência entre raças porque, como bons liberais, eles pensam

¹²³ Quadra asseverar que não se tomou a eficiência (por qualquer critério que se use) como um valor em si. Realmente, não se ignora que RICHARD POSNER, durante os anos iniciais de sua pesquisa acadêmica, na década de 70 do século passado, tenha defendido que, à míngua de uma certeza com relação ao valor “justiça”, o valor “eficiência”, enquanto maximização de riqueza, deveria ser defendido como apto a lastrear decisões e interpretações jurídicas (vide *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, na bibliografia). Ocorre que, após uma série de críticas, em especial aquelas a ele endereçadas por RONALD DWORKIN (vide *Is wealth a value?*, na bibliografia, além de diversas outras), o próprio POSNER alterou sua opinião, reconhecendo não haver sustentáculo moral para a defesa de que o objetivo do Direito, ainda que imediato, fosse a maximização de riqueza (veja *The Problems of Jurisprudence*, daquele autor). O que se entende neste trabalho é que a AED não se presta a indicar qual o valor a ser perseguido pelo Direito e, na verdade, tampouco o intérprete é capaz de fazê-lo. Tudo que é possível cogitar é o controle do *discurso* do cientista através do método por ele utilizado. Como sustenta NICHOLAS GEORGAKOPOULOS, a análise econômica do direito está aberta a todos os métodos para determinar as preferências social pois, uma vez estabelecidas estas, a análise econômica é capaz de auxiliar na interpretação ou no design de um arcabouço legal apto à sua satisfação (**Principles and Methods of Law and Economics**: basic tools for normative reasoning. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 29). Sem um discurso firme no método e zeloso do conteúdo semântico das palavras utilizadas, não se estará diante de AED ou de qualquer ciência do direito, mas de um discurso político ou filosófico (extremamente importantes, por óbvio, mas em seu devido lugar). Esse é o papel da conjectura enunciada que se mencionou anteriormente. A AED que aqui se busca realizar parte do mesmo pressuposto de que não cabe à ciência ditar os valores protegidos pelo Direito Positivo, que podem ser dos mais nobres (espera-se) até os mais obscuros. A AED, especialmente sob seu caráter interpretativo, parte de uma mera conjectura enunciada de tais valores e busca, a partir daí, construir uma norma jurídica capaz de atingi-los com a maior eficiência possível, ou seja, como afirmam PAUL SAMUELSON e WILLIAM NORDHAUS, que atinja o maior grau de satisfação dessa conjectura enunciada (deste objetivo) diante dos meios escassos à sua disposição, isto é, ao menor custo possível (**Economia**, 19ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2012. p. 03). Os objetivos que serão maximizados pela norma jurídica construída interpretativamente pelo intérprete são apenas conjecturados pelo sujeito cognoscente. Se são eles “verdadeiros” ou “falsos” não importa para o discurso, que será analisado por conta de sua coerência interna. Evidentemente, eles importarão – e muito – em uma esfera política ou do debate comunitário, mas não é disso que trata a ciência do direito sob a ótica da AED. Por isso, pode-se afirmar que não é, sob qualquer mira, a eficiência o valor a ser maximizado. Todavia, seja o valor a ser maximizado a segurança dos mercados, o equilíbrio contratual ou a manutenção de gastos sociais, ninguém busca atingir tais objetivos incorrendo em desperdícios ou a um custo maior do que o estritamente necessário. Por isso se diz que a eficiência que a AED busca na construção interpretativa das normas jurídicas é o instrumento, o caminho para se alcançar os objetivos que o *direito* escolheu, esses, por certo, conjecturados pelo intérprete.

que todas as raças devem ser iguais. Não obstante, o desejo de separar *o que é* daquilo que *gostaríamos que fosse* é uma luz de guia, um ideal, da ciência. A capacidade de fazê-lo, ainda que imperfeitamente, é atestada pela aceitação, primeiro pelos cientistas, depois pelo público em geral, de muitas ideias que inicialmente eram extremamente intragáveis, ideias tais como a imensa idade da Terra e a evolução do homem a partir de outras espécies animais (**Introdução à economia positiva**. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 7).

Dito isso, é preciso tecer alguns comentários, antes da conclusão do capítulo, acerca dos postulados econômicos basicamente utilizados na AED.

Já é conhecida a posição de que os postulados da economia são instrumentos úteis não só para a análise de mercados financeiros, produção agregada ou o fluxo cambial de um certo grupo de nações.

Isso porque, desde a genial percepção de GARY BECKER, a análise econômica não é restrita a bens materiais ou desejos e tampouco ao mercado em si. É sua a visão de que os preços, sejam eles os monetários ou os preços “ocultos” de setores não mercadológicos, medem o custo de oportunidade de uso de um recurso escasso qualquer, e a análise econômica é capaz de prever o mesmo tipo de resposta aos preços “ocultos” que faz aos preços de mercado¹²⁴.

Por isso, é preciso apresentar os postulados, os conceitos básicos de economia que serão pressupostos neste trabalho, pois daí derivarão todas as consequências, *i.e.*, os resultados, da construção normativa almejada.

O primeiro postulado empregado, como não poderia deixar de ser, é também talvez o mais essencial por parte da economia: a noção da *escassez*.

Os recursos necessários à satisfação das preferências dos indivíduos são insuficientes para que todas as preferências possíveis sejam atendidas no grau almejado por todos. Simplesmente, o leque dos desejos dos indivíduos é extremamente amplo: a satisfação de um desejo inicial pode – e costuma – criar um desejo novo e maior.

Entretanto, por maior que seja a capacidade produtiva de uma dada sociedade, seja de bens materiais como de bens imateriais (por exemplo, para tratar de uma preferência imaterial, por mais de uma pessoa tenha necessidade de ser querida por *todos*, infelizmente mesmo o carinho é um bem escasso e sempre haverá pessoas que com ela não simpatizarão e inclusive poderão até não gostar dela), essa capacidade não é ilimitada¹²⁵.

¹²⁴ The Economic Approach to Human Behavior. In: BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. p. 6.

¹²⁵ WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. **Economia**. 2ª ed. São Paulo: Makron Books, 1994. p. 26.

Nesse contexto, as pessoas serão forçadas a fazer *escolhas* entre quais preferências serão atendidas e como tais preferências serão atendidas, uma vez que os mesmos recursos, apesar de escassos, podem atender, de diferentes formas, a preferências diversas.

Por exemplo – e não se dará nesta dissertação exemplos de mercados econômicos “clássicos”. Os livros de economia já estão cheios desses – sob o ponto de vista do sujeito “A”, que deseja um determinado par de tênis, seu dia somente possui 24 horas e ele deverá usá-las de forma mais útil para conseguir seu par de tênis.

Ele poderia, trabalhar a R\$5,96 a hora¹²⁶ e conseguir adquirir o tênis após 135 horas de trabalho ou então gastar 1 hora do seu dia e ameaçar o cidadão abastado mais próximo com uma faca enferrujada, saindo de lá, senão já com o tênis ao menos com o numerário para adquiri-lo, permanecendo com 134 livres para passear com seu calçado novo.

É certo que “A” poderia ser preso após optar pela segunda opção, mas isso não é uma certeza; há um risco envolvido aqui. Não se olvida ainda que também há um risco de “A” não conseguir trabalho por aquele pagamento, o que ensejaria em ainda mais horas dispensadas para a satisfação de sua preferência. Há prós e contras em ambas opções.

Evidentemente que a vida real não é tão simples com apenas duas opções para que o sujeito escolha. A realidade oferece infinitas possibilidades aos indivíduos.

Porém, ainda assim, nossa mente trabalha de tal forma que usualmente todas decisões terminam por chegar ao ponto em que apenas duas opções se põem diante do sujeito: uma que será escolhida e a segunda melhor. Sempre se chega nesse momento¹²⁷.

Exatamente em razão disso, na presença do fenômeno da escassez e da necessidade de escolhas, que a economia trouxe outro postulado relevante para a análise econômica do direito, que é a imprescindibilidade da *escolha*.

O indivíduo deve realizar uma opção entre o atendimento de determinada preferência, de certa forma, ou de outra preferência.

¹²⁶ Considerando o salário mínimo vigente na data de escrita deste parágrafo.

¹²⁷ Por isso, como menciona MITCHELL POLINSKY, a economia se vale de pressuposições (*assumptions*), pois o mundo, visto economicamente, é muito complicado e rico para ser compreendido sem alguma abstração. Apesar de tais pressuposições poderem ser pouco realistas – indicar duas opções para a aquisição de um tênis é verdadeiramente bem pouco realista – elas permitem a percepção de fatos que são extremamente relevantes para a solução dos problemas, de maneira que a economia, e a análise econômica do direito, neste particular, irá escolher pressuposições que simplifiquem suficientemente o problema para melhor entender certas características suas, ignorando aquelas que sejam menos relevantes (**An Introduction to Law and Economics**. 4th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p. 4).

Satisfazer determinado desejo seu, assim, implica sempre uma troca (*tradeoff*), a qual terá um *custo de oportunidade*, assim conceituado por JOSEPH STIGLITZ e CARL WALSH como o melhor uso alternativo de qualquer recurso quando decidimos destiná-lo a uma utilização determinada¹²⁸.

Portanto, no nosso exemplo do tênis, considerando que o preço seja exclusivamente o tempo de “A”, o *custo de oportunidade* de adquirir o calçado através do trabalho seria o de 1 hora de “ação” e 134 horas de lazer, ao passo que o custo de oportunidade inverso seriam 135 horas de trabalho.

Fica então a questão: qual opção “A” deverá escolher?

Tal resposta dependerá dos *incentivos* que “A” terá para optar por uma ou por outra de suas possibilidades.

A figura dos incentivos também é central para a economia. Tão central que se disse acerca da economia que as “‘Pessoas respondem a incentivos’. O resto são comentários”¹²⁹.

Isso significa que se o ambiente que cerca os indivíduos se alterar de alguma forma – de qualquer forma – de uma maneira que eles possam aumentar sua satisfação ao alterar o seu comportamento, isso irá afetar os custos de oportunidade de sua decisão, que também moldará a escolha final por ele tomada¹³⁰.

No campo da análise econômica do direito, não só são levados em consideração os incentivos provenientes do “mundo do ser” como aqueles oriundos das normas jurídicas, do discurso prescritivo do Direito Positivo, os quais a AED toma por axioma que influenciam nas preferências dos indivíduos.

Na verdade, imaginar-se que as pessoas ignorem os incentivos – em especial aqueles de cunho normativo – tornaria a empreitada da ciência do direito deveras paradoxal, pois, como assinala NICHOLAS GEORGAKOPOULOS, a própria existência da Lei implica a crença de que os indivíduos respondem a incentivos¹³¹.

¹²⁸ **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 31.

¹²⁹ LANDSBURG, Steven E. **The Armchair Economist**: economics & everyday life. New York: Free Press, 2012. p. 3.

¹³⁰ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 4-5.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 31.

Tanto é assim que o próprio Kelsen, nos idos de 1945, já escrevia que a função de toda ordem jurídica era a de motivar certa conduta recíproca dos seres humanos, fazendo com que eles façam ou se abstenham de fazer determinados atos.

Todavia, ele mesmo reconhece que tal assertiva nada diz a respeito das *reais motivações* das condutas lícitas, ou seja, não há como se saber com certeza de que as condutas do Direito sejam realizadas no mundo fenomênico como causalidade da prescrição¹³².

Tudo o que é dito diz respeito ao *propósito da comunicação* e esse, evidentemente, é incentivar o comportamento.

Por fim, é preciso dizer que, ao mencionar a sujeição humana aos incentivos, implicitamente se acolheu ainda um outro pressuposto da ciência econômica, extremamente relevante – e também extremamente controvertido – que é a condição da *escolha racional*.

Segundo ROBERT COOTER e THOMAS ULEN, uma concepção de racionalidade implica que um ator racional possa hierarquizar as alternativas de acordo com a extensão de que cada uma delas o entregue o que ele deseja, segundo suas limitações.

Em outras palavras, isso significa dizer que os indivíduos escolhem alternativas que são perfeitamente compatíveis com suas finalidades (preferências), dentro das possibilidades a ele disponíveis, o que é chamado de *maximização*¹³³.

Isso importa dizer que a teoria da escolha racional pressupõe que, ao responder aos incentivos (*i.e.*, às circunstâncias), o ser humano sempre buscará aquilo que, a seus olhos (ou seja, diante de seu conjunto de preferências) parecer-lhe-á *melhor*, de acordo com as informações que possui naquele dado momento¹³⁴.

Isso não significa, sob nenhuma ótica, que a decisão tomada de maneira racional se mostre a decisão *correta*. Ao contrário, a decisão racional e a decisão correta podem ser deusas diferentes entre si.

Daí Mises afirmar:

Quando aplicados aos meios escolhidos para atingir os fins os termos racional e irracional implicam um julgamento sobre a oportunidade e a adequação do procedimento empregado. O crítico aprova ou desaprova um método conforme seja ou não mais

¹³² *Op. cit.*, p. 21/34.

¹³³ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6th ed. Boston: Pearson, 2012. p. 13.

¹³⁴ MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

adequado para atingir o fim em questão. É fato que a razão não é infalível e que o homem frequentemente erra ao selecionar e utilizar meios. Uma ação inadequada ao fim pretendido fracassa e decepciona. Embora não consiga atingir o fim desejado, é racional, ou seja, é o resultado de uma deliberação sensata – ainda que defeituosa –, é uma tentativa de atingir um objetivo determinado – embora uma tentativa ineficaz¹³⁵.

Por exemplo¹³⁶, na batalha de Narva (borda entre a Rússia e a atual Estônia), o Rei da Suécia e seus 8000 soldados atacaram o exército russo, que tinha mais de dez vezes o número de tropas à sua disposição. A maioria dos historiadores concordam que a decisão o monarca da Suécia foi irracional, pois era quase certo fadado ao fracasso, ao que se soma a ausência de uma razão estratégica para o ataque. Todavia, uma nevasca caiu sobre o campo de batalha e cegou o exército Russo, outorgando a vitória aos suecos, que perderam apenas pouco mais de 600 homens contra as 15000 baixas dos russos.

A decisão do monarca sueco foi certamente aqui a decisão *certa* a se fazer; porém, como eles não possuíam, *no momento da decisão*, uma boa razão para fazê-lo, a decisão foi ainda assim irracional.

A fim de que a teoria da escolha racional se sustente, as preferências devem seguir determinados parâmetros (preferências “comportadas”, como se diz o jargão da economia). Eis os pressupostos¹³⁷:

- a) **Compleitude:** as preferências são completas, ou seja, o indivíduo prefere ∂ a ρ ou ρ a ∂ , o que também implica dizer que qualquer preferência possui uma preferência fraca (*weakly preferred*) em relação a ela mesma, pois a completude implica em reflexividade. Em linguagem formal, utiliza-se que $\partial \geq \rho$ ou $\rho \geq \partial$ e ainda que $\partial \geq \partial$, destacando-se que “ \geq ” implica em preferência fraca e “ $>$ ” implica em preferência forte;
- b) **Transitividade:** as preferências são transitivas, ou seja, se o indivíduo prefere ∂ a ρ e ρ a θ , então necessariamente preferirá ∂ a θ . Em linguagem formal, diz-se que $\partial \geq \rho$ e $\rho \geq \theta$ implica que $\partial \geq \theta$; e
- c) **Independência de Alternativas Irrelevantes:** a atratividade relativa de duas escolhas não dependem de outras escolhas disponíveis ao indivíduo. Supondo-

¹³⁵ **Ação Humana:** um tratado de economia. Campinas: Vide Editorial, 2015. p. 37.

¹³⁶ Exemplo extraído de MARTINS PETERSON (vide bibliografia).

¹³⁷ GINTIS, Herbert. **The Bounds of Reason:** game theory and the unification of the behavioral sciences. New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 5.

se que nos exemplos anteriores, ∂ e $\rho \in \mathbf{A}$. Para que esta condição subsista, então para que ∂ e $\rho \in \mathbf{B}$, onde $\mathbf{B} \subset \mathbf{A}$, $\partial \geq_{\mathbf{B}} \rho$ se e somente se $\partial \geq_{\mathbf{A}} \rho$.

Não obstante, é preciso dizer que a teoria da escolha racional parte do pressuposto do que se convencionou chamar de individualismo metodológico, isto é, os indivíduos agem movidos, basicamente, por seus próprios interesses (*i.e.*, por suas próprias preferências), desconsiderando outros aspectos, que serão tidos por irrelevantes no processo.

Entretanto, e nunca é demais, nesta seara, repetir, isso não significa primeiramente que a teoria da escolha racional pressuponha pessoas *egoístas*. Ao contrário.

Todas as preferências individuais, das mais altruístas às mais mesquinhas, são em igual medida levadas em consideração, bastando que tenham sido reveladas pelo indivíduo e não meramente “enunciadas” (*i.e.*, faladas).

Em sendo exibidas pelo comportamento do agente, sejam preferências que valorizem princípios axiológicos “maiores”, como a pátria livre, o amor ao próximo ou o direito dos animais, ou sejam as preferências mais mezinhas como um certo tipo de alimento, a satisfação sexual própria ou a acumulação de carros de luxo, todas são *igualmente* valoradas pela economia, chegando-se ao ponto de DAVID FRIEDMAN asseverar que, na análise econômica, serão tratados em igual plano a preferência do proprietário de uma coisa de manter sua propriedade do ladrão que possui a preferência de tirá-la dele¹³⁸.

É bem claro que o exemplo é extremo, mas elucida bem o quão a sério a análise econômica vai no sentido de não tecer juízos de valor acerca das preferências dos indivíduos ou de imputar-lhes a pressuposição de egoístas¹³⁹.

Por outro lado, esse mesmo método implica dizer que as preferências, enquanto categorias inerentemente subjetivas, somente podem ser aplicadas às ações de pessoas individuais, conforme preconizado por MAX WEBER¹⁴⁰.

¹³⁸ **Law's Order**: what economics has to do with Law and why it matters. New Jersey: Princeton University Press, 2000. p. 5.

¹³⁹ Interessante é a anedota de GINTIS ao afirmar que, se acaso a racionalidade implicasse em egoísmo, todos os indivíduos racionais seriam sociopatas (*Op. cit.*, p. 1). A análise das preferências isoladamente já revela que o ser humano é bem menos egoísta ou ganancioso do que se poderia crer, especialmente dado o ambiente “correto” que propicie o desenvolvimento de valores “mais altruístas”, como mostra a experiência narrada por STEVEN D. LEVITT e STEPHEN J. DUBNER em seu *best-seller Freakonomics*.

¹⁴⁰ **The Theory of Social and Economic Organization**. New York: Free Press, 1947. p. 18/101.

Como afirma o autor, para outros objetivos cognitivos, pode ser útil considerar o indivíduo como um agregado de células ou algumas outras unidades elementares, ou usar ainda conceitos “coletivizados” que tratam as pluralidades de indivíduos como unidades.

Porém, por mais úteis que esses conceitos possam ser, aqui há a necessidade de uma redefinição dos mesmos para que as categorias subjetivas digam respeito *apenas* à ação de *indivíduos*¹⁴¹.

Dito em linhas gerais os postulados que principalmente interessam à presente dissertação, somente resta endereçar duas questões, acerca da teoria da escolha racional, antes de se passar ao fechamento do capítulo e, enfim, aos modelos de litigância que se adotará no trabalho.

A primeira das questões diz respeito às críticas no sentido de que as pessoas *não se* comportam de forma racional no seu cotidiano. Na verdade, segundo essa análise, especialmente nas situações que envolvem decisões tomadas em situação de incerteza, o comportamento humano vai de encontro ao que a teoria da escolha racional esperaria. Ocorre que o ser humano, em certas situações da vida, diverge sistematicamente do comportamento esperado, o que, apesar de divergente, ainda assim o torna relativamente *previsível*.

A esses pontos existem diversas correntes de pensamento, em todos os sentidos. O trabalho em testilha não visa ser um apanhado pleno desta problemática. Como se verá dentre os modelos adotados para explicar a litigância, optou-se por não levar em consideração o que se convencionou chamar de economia comportamental (*behavioral economics*).

Com relação ao fato de as pessoas não se comportarem desta maneira, considera-se que não é trabalho da teoria da escolha racional prever como *todos* os comportamentos se darão. Isso seria tão inútil quanto o desenho do mapa que, de tão completo, era do tamanho da nação que pretendia retratar de JORGE LUÍS BORGES no conto “Del rigor en la ciencia”.

O propósito da escolha racional é o de dizer como *em média* as pessoas se comportam, e mais ainda, tem por objetivo apenas servir de instrumento a fim de iluminar certas facetas

¹⁴¹ É por isso que, ao serem analisados os comportamentos de litigantes no âmbito dos juizados especiais cíveis, mais adiante, a “coletividade” de litigantes não possuirá uma preferência própria senão a soma das preferências de seus integrantes. Não se tomará “autores” e “réus” de processos judiciais enquanto uma coletividade capaz de, isoladamente de seus integrantes, possuírem preferências. Somente a preferência agregada de todos os autores e de todos os réus importa para os fins desta dissertação e se ignora – sem adentrar no mérito quanto à sua possibilidade ou não – a existência de “preferências” por parte de “consumidores” ou “empresas de telefonia” ou etc.

do comportamento humano. Infelizmente (ou felizmente) ela é incapaz de possuir uma capacidade preditiva de 100% das ações; basta a ela ser estatisticamente relevante.

Nesse sentido as palavras de VILFREDO PARETO, citado por CRISTIANO DE CARVALHO, “[...] uma teoria pode ser boa para atingir certo alvo; outra pode sê-lo para atingir um outro. Mas, de todo o modo elas devem estar de acordo com os fatos, porque senão não teriam utilidade alguma”¹⁴².

Acerca das descobertas relativas à racionalidade limitada (*bounded rationality*) e à economia comportamental (*behavioral economics*), reputa-se impossível, especialmente em um trabalho da singeleza desta dissertação, sequer questionar os achados relevantes de HERBERT SIMON (Nobel de Economia de 1978), de DANIEL KAHNEMAN (Nobel de Economia em 2002) ou de RICHARD THALER (Nobel de Economia de 2017).

Apenas afirma-se que este trabalho laborará exclusivamente com a teoria da escolha racional pois se entende, primeiramente, que seus postulados são suficientes para seu escopo. Acredita-se que a teoria da escolha racional, por si só, tem o condão de auxiliar adequadamente na construção interpretativa das normas jurídicas objeto deste trabalho científico.

Por exemplo, em trabalhos envolvendo a economia comportamental aplicada à litigância, como por exemplo o conhecido artigo de JEFFREY J. RACHLINSKI¹⁴³ ou no sumário de HILLEL J. EINHORN e ROBIN M. HOGARTH¹⁴⁴, modulada a conduta de certa maneira (v.g., com aversão ao risco em certos casos ou preferência ao risco a outras, ou dotada de informação plena acerca dos incentivos envolvendo a decisão ou ainda com tempo adequado para o cérebro humano – que na maioria das pessoas em nada se parece com uma calculadora, mormente no nível educacional brasileiro, ao menos – processar os cálculos), a teoria da escolha racional atende com relevância aos resultados encontrados pelos pesquisadores.

Assim, este trabalho assumirá apenas a teoria da escolha racional como seu paradigma. Não porque desqualifica ou desconhece outras formas de lidar com o mesmo tema, mas apenas porque, a princípio, não acredita ser o método ótimo para suas proposições propor simplesmente que as pessoas são *simplesmente irracionais*, como faz DAN ARIELY¹⁴⁵ e, por outro

¹⁴² *Apud op. cit.*, p. 58-59.

¹⁴³ Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. **Cornell Law Faculty Publications**. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1754&context=facpub>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

¹⁴⁴ Behavioral Decision Theory: Processes of Judgment and Choice. **Journal of Accounting Research**. Vol. 9, n.º 1, 1981. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2490959?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

¹⁴⁵ **Predictably Irrational: The Hidden Forces that shape our decisions**. New York: Harper, 2010.

lado, admite a possibilidade de que alguns desses achados possam encontrar paralelo com as ilusões óticas, como na metáfora de GINTS, pelo qual tais paradoxos são úteis para permitir grandes percepções sobre como o homem modela seu mundo externo, mas não para supor que a visão humana é fundamentalmente distorcida da realidade.

A segunda questão – e essa parece mais relevante para os limites desta dissertação, especialmente se levado em conta os pressupostos adotados no que diz respeito à importância da interpretação em razão da falseabilidade de seu discurso – diz respeito à crítica de que a teoria da escolha racional não é capaz de vencer um teste de falseabilidade, ou seja, é inadequada à comprovação empírica.

E por que seria?

Segundo a teoria, diz-se que as pessoas comportam-se de modo racional, maximizando suas preferências. Ocorre que, na vida real, no plano fenomênico, as pessoas podem estar bem longe destes *standards* ideais de racionalidade e não é incomum que os supostos agentes “racionais” não se comportem como maximizadores racionais, se valendo de procedimentos decisórios subótimos, que escapam à predição teórica.

E em sendo admitido meramente como um postulado universal, não sendo verdadeiro, ele necessariamente será falso. É o princípio da não-contradição da lógica clássica (duas afirmações contraditórias não podem ser verdadeiras ao mesmo tempo).

Isso tornaria inadequada a teoria formulada ou, como já dito por KARL POPPER, que o princípio da racionalidade, enquanto um *a priori* de qualquer ciência social, é claramente *falso*, mesmo em sua mais fraca formulação, que ele põe da seguinte forma: “agentes sempre agem em uma maneira apropriada à situação em que eles se encontram”¹⁴⁶.

Por outro lado, poder-se-ia defender a teoria da escolha racional enquanto postulado interno ao comportamento humano no sentido de que as pessoas são racionais, ainda quando “pareçam” irracionais, pois apenas ostentam preferências que não foram moduladas em seu comportamento pelo modelo inicial.

Porém isso também não serviria, pois tornaria a teoria “blindada” e à prova de qualquer refutação e, portanto, não falseável, extinguindo seu *status* de científica, especialmente à

¹⁴⁶ Models, instruments, and truth. In: POPPER, Karl. **The Myth of the Framework**: in defense of science and rationality. London: Routledge, 1996. p. 172.

luz de um paradigma popperiano (e veja que este trabalho asseverou que as proposições oriundas da interpretação à luz da análise econômica seriam falseáveis, o que, portando, tornaria esta crítica deveras embaraçosa à dissertação).

A saída que este trabalho adota é trazida exatamente pelo mesmo POPPER, que propõe não tomar a racionalidade enquanto “lei geral do comportamento humano” ou “axioma da teoria econômica”, mas sim como *princípio metodológico*, ou seja, estabelece que a teoria da escolha racional não busca explicações finais acerca de como as coisas *de fato são*.

Seu propósito na teoria econômica – e, no que diz respeito a esta dissertação, também à análise econômica do direito – é se encontrar em um plano lógico “superior” ao plano teórico: o plano metodológico (ou metateórico)¹⁴⁷, ou seja, a racionalidade faz o papel mais de regra metodológica do que de uma explicação sobre “aquilo que é”, figurando como uma regra metodológica, um guia para a investigação científica.

Portanto, resta excluída não por critérios de falsidade ou de verdade, sua possibilidade de refutação. Ademais, ele não figura como proposição interna à análise, mas sim como uma diretriz normativa destinada ao *cientista*, a fim de se colher resultados no plano do ser, ou, em outras palavras, como *deve ser* interrogado o fenômeno (norma metodológica).

Por isso, sua verificação não se dá por ser verdadeira ou falsa, mas por ser útil ou inútil ao propósito do sujeito cognoscente.

Daí POPPER sustentar que:

[...] não se aprende muito em verificar que ele (o princípio da racionalidade) não é estritamente verdadeiro: nós já sabemos disso. Todavia, apesar de ser falso, ele é uma regra suficiente próxima da verdade: se nós podemos refutar sua teoria empiricamente, então sua quebra será, como uma regra, bastante drástica, e muito embora a falsidade do princípio da racionalidade possa ser um fator contributivo, a principal responsabilidade irá normalmente se voltar ao modelo. Além disso, a tentativa de se substituir o princípio da racionalidade por outro parece levar à completa arbitrariedade em nossa construção de modelos. E finalmente, nós não podemos negar que devemos testar uma teoria como um todo, e que esse teste consiste em achar a melhor de duas teorias competidoras que possuem mais em comum, e a maioria delas possui o princípio da adequação em comum¹⁴⁸.

¹⁴⁷ FERNANDEZ, Brena Paula Magno e BÊRNI, Duilio de Ávila. Sobre o Estatuto Epistemológico da Racionalidade Econômica segundo Karl Popper. **Estudos Econômicos**. São Paulo, Vol. 44, n.º 4, out-dez 2014. p. 868.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 178.

Pelo exposto, acredita-se que todos os comentários necessários acerca da interpretação e da análise econômica foram tecidos para o que cabia a esta dissertação.

Seu propósito, como não poderia deixar de ser, foi o de apenas estabelecer as premissas básicas para o trabalho aqui empreendido.

Explicam-se os fundamentos adotados de uma interpretação em caráter filosófico e sua compatibilidade com o *método*.

Diferenciou-se uma análise da ciência do direito sobre a interpretação de textos do Direito Positivo daquela que mira sobre a chamada “decisão jurídica”, com lastro na direção de ajuste diferenciada de suas realidades, o que endereça especificamente ao paradoxo da doutrina jurídica ser incapaz de prever o comportamento dos atores que fazem escolhas à sombra de um sistema jurídico dado.

Outrossim, viu-se que a ciência do direito tanto pode formular modelos ideais de normas jurídicas quanto buscar analisar a decisão em si, mas sempre seu trabalho será diferente da “interpretação” formulada à luz de uma “crença-meio”, presente no átimo do processo decisório.

Separou-se as análises de cunho normativo daquelas de cunho positivo o que, efetivamente, dividiu a ciência do direito em quatro ramos, com dois *fundamenta divisionis* incidindo sucessivamente e chegou-se enfim à análise econômica do direito.

Expostos seus postulados (e regras metodológicas), é chegada a hora de efetivamente aplicá-los em um caso concreto, formulando, à luz de uma conjectura acerca do propósito da comunicação de certos enunciados prescritos da Lei Federal n.º 9.099/1995, as normas jurídicas que o constructo interpretativo deste trabalho faz para, na sequência, pôr à prova empírica a compatibilidade ou não do modelo e suas limitações.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA. O MODELO DA DECISÃO DE LITIGAR NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

No capítulo anterior, o foco deste trabalho foi o de apresentar, analiticamente, as bases pelas quais se entende o fenômeno da interpretação e da decisão no âmbito da ciência do direito, diferenciando ambas tarefas (a de interpretar e a de decidir no campo do Direito Positivo) sob seus focos normativo (como *deve* se interpretar e como *deve* se decidir) e positivo (como *se interpreta* e como *se decide*).

Feito isso, e concluindo as bases sobre as quais as fundações desta dissertação se põem (tanto sob o aspecto normativo-sintático quanto normativo-semântico), é chegado o momento de analisar a litigância em si, especialmente no seio dos juizados especiais cíveis para, em seguida, o modelo formado poder deitar luzes sobre a análise empírica realizada, a fim de que se possa verificar restarem confirmadas (ou infirmadas) as hipóteses iniciais.

Para tanto, o roteiro adotado será o de trazer uma revisão bibliográfica dos principais modelos de litigância formulados pela análise econômica do processo nas últimas décadas para, enfim, se extrair deles o quanto for útil para a experiência brasileira no âmbito estudado.

Somente no capítulo 5 deste trabalho é que o modelo formado será “posto à prova”.

4.1. O MODELO BÁSICO.

Conforme noticia BONE, o primeiro modelo (e o mais clássico) formado acerca da litigância é o chamado modelo “Landes-Posner-Gould”, criado na década de 70 pelos três autores, entre os anos de 1971 a 1973, no início do movimento que hoje representa o campo de experiência jurídica da análise econômica do direito¹⁴⁹.

A primeira construção positiva de modelos econômicos da litigância surgiu com o artigo publicado em 1971 por WILLIAM LANDES, cujo problema a ser analisado era o de quais fatores determinam a escolha entre um acordo (*pretrial settlement*) e um julgamento (*trial*).

¹⁴⁹ BONE, Robert G. Economics of civil procedure. In: PARISI, Francesco (Org.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. Vol. III. Oxford: The Oxford University Press, 2017. p. 148.

Em suma, seu objeto de análise era o que motivaria um grande número de acordos em proporção ao de julgamentos¹⁵⁰.

Seu modelo fora construído inicialmente para as situações de acordo entre réus no processo criminal e o órgão acusatório, o chamado *plea bargaining* existente nos Estados Unidos da América.

Ele parte do pressuposto de que o promotor de justiça, em sua decisão entre processar o réu ou propor um acordo (o *plea bargaining*), maximiza o número esperado de condenações sopesado pelo tamanho das sanções a serem obtidas (preferindo sentenças mais longas do que as mais curtas) e tendo por restrição o orçamento estabelecido para sua promotoria.

Por isso, o promotor alocaria recursos maiores para os casos que, *ceteris paribus*, a sentença for maior e a sua estimativa de condenação for maior e mais suscetível a se tornar ainda mais provável nos casos em que investimentos maiores fizessem a diferença nesta probabilidade.

Dito de outro modo, como afirma LANDES, acusações não seriam propostas quando o promotor visse pouca chance de condenação independentemente dos recursos investidos ou se a condenação, ainda que esperada, for de uma sanção considerada “baixa”.

Ainda mais, os recursos escassos providenciariam um incentivo para que o promotor evitasse o julgamento e negociasse um acordo com o réu.

Ou seja:

“[...] se os custos de transação¹⁵¹ de um acordo se igualam ao seu gasto ótimo em um julgamento, ele estaria sujeito a oferecer ao suspeito uma redução de sentença a quem

¹⁵⁰ LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. **The Journal of Law and Economics**. Vol. 14, n.º 1, 1971.

An Economic Analysis of the Courts. Disponível em: <<http://www.nber.org/books/beck74-1>>. Acesso em 4 de agosto de 2018.

¹⁵¹ A noção de custos de transação na ciência econômica não é nova. Para a análise econômica do direito, contudo, e para a economia como um todo, sua importância fora extremamente bem apontada por RONALD COASE, em seu trabalho que lhe rendeu o Prêmio Nobel de 1991, *The Problem of Social Cost*, no qual ele chamou a atenção para o fato de que, à míngua de custos de transação, independentemente da alocação inicial dos direitos, eles sempre terminariam no patrimônio daqueles que os usem de maneira mais eficiente; por outro ângulo, como disse o autor posteriormente, a teoria econômica, especialmente à luz da análise econômica do direito, depende da incorporação dos custos de transação na análise, uma vez que muito do que acontece na realidade é desenhado seja para reduzir esses custos ou para tornar possível o que sua existência previne. Não incluí-los empobreceria, assim, a teoria (Transaction costs in the economic analysis of law. In: PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. **The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007. p. 219). Porém, e talvez com maior amplitude para o direito em si, especialmente quando considerada a experiência jurídica enquanto instituição de um determinado país, os custos de transação e sua relevância foram ainda melhor explorados por DOUGLAS C. NORTH, também agraciado pelo Prêmio Nobel, em 1993, o qual os define como “[...]”

de S_i (termo formal utilizado pelo autor para o volume de pena de uma sentença condenatória) em troca de um reconhecimento de culpa (o que torna $P_i = P_i = 1$)¹⁵². Entretanto, como os custos de julgamento provavelmente superam esses custos de transação, ele (o promotor) estaria disposto a oferecer uma maior redução de sentença enquanto os ganhos em recursos pudessem ser usados para aumentar as probabilidades de condenação em outros casos” (*Op. cit.*, p. 5. Tradução livre).

Como se verifica, a excelente contribuição de LANDES em seu artigo foi o de chamar a atenção para como os autores (em especial os promotores de justiça, dado o escopo de sua aplicação) e os requeridos (réus de processos criminais, pela mesma razão) maximizavam sua utilidade¹⁵³ em um conjunto de restrições.

Posteriormente ao trabalho de LANDES, POSNER lança o artigo sobre as bases já construídas anteriormente, tratando, porém – além de outros tópicos, como a questão dos custos de erros de julgamento – de tema que é bastante caro a este trabalho: a realização de acordos no âmbito cível.

Neste particular, a questão lançada por POSNER começa de uma asserção bastante simples: a de que os casos, para terminarem em acordo, necessitam que a oferta mínima do autor seja inferior ao máximo que o réu esteja disposto a aceitar. Essa é a condição básica que, acas não suprida, fará com que um determinado litígio vá à Corte e não esteja sujeito à auto composição¹⁵⁴.

E como esses valores são encontrados?

os custos de especificar e aplicar os contratos que jazem sobre as trocas e portanto englobam todos os custos da organização política e econômica que permite às economias capturarem os ganhos do comércio” (**Transaction Costs, Institutions, and Economic History**. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Vol. 140, n.º 1, 1984.). O Direito Positivo, enquanto objeto cultural, é certamente uma instituição do Brasil, o qual não se confunde com o desenho organizacional, que não se molda ao longo de gerações, mas exclusivamente através de uma “canetada” do juiz ou do legislador. As instituições são grandes – apesar de parcamente medidos – definidores dos custos de transação em uma nação (NORTH, Douglas C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 2017. p. 4-5).

¹⁵² LANDES chama em seu artigo de P_i a probabilidade estimada pelo promotor de uma condenação e de P_i a probabilidade estimada pelo réu de uma condenação.

¹⁵³ É preciso deixar claro o que este trabalho diz quando o léxico “utilidade” é usado. O sentido pretendido é o de algo a ser buscado e maximizado pelos agentes. A expressão, em primeiro lugar, em nenhum sentido significa exclusivamente qualquer preferência monetária ou financeira. A ciência econômica, ao analisar o comportamento dos indivíduos, trata na verdade de como as pessoas conseguem atingir as suas preferências, as quais, como já visto acima, são sentimentos eminentemente subjetivos e, como também dito, não passíveis de comparação. Por isso, a fim de dotar uma métrica e objetivar o discurso científico, a economia supõe, como afirmam PAUL KRUGMAN e ROBIN WELLS, que cada indivíduo tentaria maximizar uma medida *pessoal* de satisfação. É a essa medida que esta dissertação chama de utilidade, ou seja, um conceito que se usa para entender o comportamento mas que não se deseja medir com exatidão na prática (**Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 201).

¹⁵⁴ POSNER, Richard A. An Economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**. Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 2, No. 2 (Jun., 1973), pp. 417-418.

Segundo o artigo em referência, a oferta mínima do autor é o valor esperado do litígio mais os custos para a realização do próprio acordo, sendo que, por valor esperado do litígio se quer dizer o valor *presente* do julgamento se ele efetivamente ganhasse a ação, multiplicada pela probabilidade (estimada pelo autor) de sua vitória, isso descontado dos custos *presentes* que ele teria com o litígio¹⁵⁵.

Em linguagem formalizada:

$$O_{min}^A = V_e + C_a \text{ onde } V_e = (J \cdot P_a) - C_l \quad (1)^{156}$$

Por outro lado, a oferta máxima que o réu pode admitir é o custo esperado do litígio para ele, o qual consiste nos seus gastos com o litígio, mais o custo de um julgamento de procedência do pedido multiplicado pela probabilidade que esse julgamento venha a ocorrer, diminuído dos seus custos de negociação.

Novamente em linguagem formalizada:

$$O_{max}^R = [C_l + (J \cdot P_r)] - C_a \quad (2)^{157}$$

¹⁵⁵ Destacou-se a expressão “presente” porque, como se verá a seguir, o tempo é fator essencial para qualquer modulação das decisões de litígio, uma vez que a adjudicação (o efetivo recebimento do bem da vida pretendido) não se dá imediatamente com a propositura da ação ou mesmo com o julgamento de mérito, acaso venha a ocorrer, mas usualmente em momento ainda mais protraído no tempo, devendo incidir um fator de desconto temporal do qual se falará mais a seguir.

¹⁵⁶ O_{min}^A representa a oferta mínima para o autor. V_e significa o valor esperado do litígio, ao passo que por C_a se quer dizer o custo para a realização do acordo em si (advogados, reuniões, tempo, apresentação de memoriais e etc.). Na composição de V_e se tem J como representando o ganho com o próprio pedido autoral e P_a como a probabilidade, estimada subjetivamente pelo autor, de seu êxito, descontados os custos com o litígio em si (C_l), que vão desde a produção probatória até o simples tempo e o desgaste pessoal dispendido durante a tramitação do processo. Como se vê, portanto, por *custos* não se consideram apenas os custos financeiros e, igualmente, por ganhos, consideram-se todas as preferências pessoais do autor, que vão, evidentemente, desde a preferência financeira (o pedido pecuniário) quanto a quaisquer outras que possam existir, das mais socialmente tidas como nobres, como a realização de “justiça” às mais comumente associadas a valores negativos, como a de “incomodar” o requerido com a demanda e a sensação de se sagrar vitorioso sobre ele. Este trabalho não fará qualquer distinção de valor entre elas.

¹⁵⁷ O_{max}^R representa a oferta máxima que o requerido está disposto a aceitar pagar ao autor. Os demais termos da fórmula se repetem na fórmula (1) e já foram explicitados. P_r é a estimativa subjetiva de vitória da tese defensiva em juízo.

Como se verifica, pela análise de POSNER, sempre será possível a existência de um acordo quando O^R_{max} for maior ou igual a O^A_{min} , ou seja, é uma das condições básicas para que um acordo ocorra $O^R_{max} \geq O^A_{min}$.

Dessa assertiva é possível a derivação de outras afirmativas importantes para os lindes deste trabalho.

Por exemplo, qualquer coisa que reduza a oferta mínima do autor ou que majore a oferta máxima do réu, como um acréscimo das despesas de litigância em relação aos custos de acordo, reduzirão as chances de litigância¹⁵⁸.

Por outro lado, tudo que aumente a oferta mínima do autor ou reduza a oferta máxima do réu causará um acréscimo no volume de litigância. Por exemplo, uma majoração na percepção do autor de que ele possui chances de sair vitorioso na ação (acréscimo de P_a) ou no ganho a ser obtido (aumento de J) causariam tal efeito; igualmente um acréscimo nas percepções do réu ou um acréscimo nas perdas causadas ao requerido.

Como se verifica ainda, o modelo básico de POSNER leva em consideração, inicialmente, que as percepções entre autor e réu quanto ao resultado da lide são idênticas. Considera ainda que ambas as partes são neutras ao risco¹⁵⁹. Pressupõe a adoção da dita regra americana de sucumbência, pela qual cada parte arca com os seus custos (de acordo e de litígio), bem como não leva em consideração qualquer divergência entre as partes e seus advogados (ignora problemas de agência). Enfim, desconsidera o fator tempo do litígio.

Tais pressupostos serão relaxados em modelos explanados mais adiante. Por hora, é o que basta.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 418.

¹⁵⁹ A incerteza faz parte da vida e, por isso, merece ser objeto de análise de qualquer decisão tomada sob sua ótica. A ciência econômica – e também a fórmula de POSNER, neste particular – se vale do conceito da utilidade esperada, proveniente das premissas fixadas por JOHN VON NEUMANN e OSKAR MORGENSTERN, para os quais as pessoas escolhem a alternativa que possui a maior *utilidade esperada* e sua teoria da maximização da utilidade, como afirma ROBERT FRANK, supõe a existência de uma função utilidade U que atribui um valor numérico à satisfação associada a diferentes resultados, tornando assim a utilidade esperada em uma decisão de incerteza como aquela de todos os possíveis resultados (**Microeconomia e Comportamento**. 8ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2013. p. 180). Uma pessoa é considerada como neutra ao risco quando for indiferente a qual postura adotar em uma decisão sob incerteza na qual o valor esperado seja igual a zero (o chamado “jogo justo”). Em outras palavras, submetida a decidir se prefere ganhar R\$50,00 imediatamente ou jogar uma moeda e, em um resultado cara, ganhar R\$100,00 ou, em um resultado coroa, ganharia nada, uma pessoa considerada neutra ao risco seria absolutamente indiferente a qualquer uma das duas opções (ganhar o R\$50,00 com certeza ou ganhar com 50% de chance R\$100,00, o que matematicamente falando é igual a R\$50,00). Por outro lado, no magistério de HAL VARIAN, uma pessoa que seja *avessa ao risco* (o que é idêntico a se dizer que ela possui a esse respeito uma utilidade marginal decrescente para essa específica preferência) tem uma utilidade esperada maior no resultado certo do que na aposta, ao passo que a pessoa *propensa ao risco* atribui uma utilidade esperada maior no resultado apostado, na álea (**Microeconomia**: uma abordagem moderna. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016. p. 222-223).

Uma das principais questões de relevo para este trabalho no artigo do Professor da Universidade de Chicago diz respeito à própria decisão de litigar em si.

Seguindo a teoria da escolha racional – acerca da qual já se teceram os comentários necessários no capítulo anterior – o autor, antes de decidir pelo ajuizamento ou não de uma ação judicial, estima o ganho a ser obtido e a probabilidade de obtê-lo, atribuindo uma utilidade específica a cada potencial resultado que pode advir dessa decisão sob incerteza¹⁶⁰.

Ontologicamente, sua decisão é idêntica, para todos os fins, àquela do indivíduo que busca um jogo de lançar uma moeda. As probabilidades e os ganhos potenciais (os *payoffs*) é que são passíveis de variação.

A questão é: ele jogará (*i.e.*, ele entrará com a ação)?

E a resposta é: dependerá dos custos e ganhos decorrentes do ingresso de tal demanda¹⁶¹.

Por exemplo, suponha que Gollum deseje processar Bilbo em razão de ter sido fraudado em um jogo de adivinhas e perdido um precioso anel¹⁶².

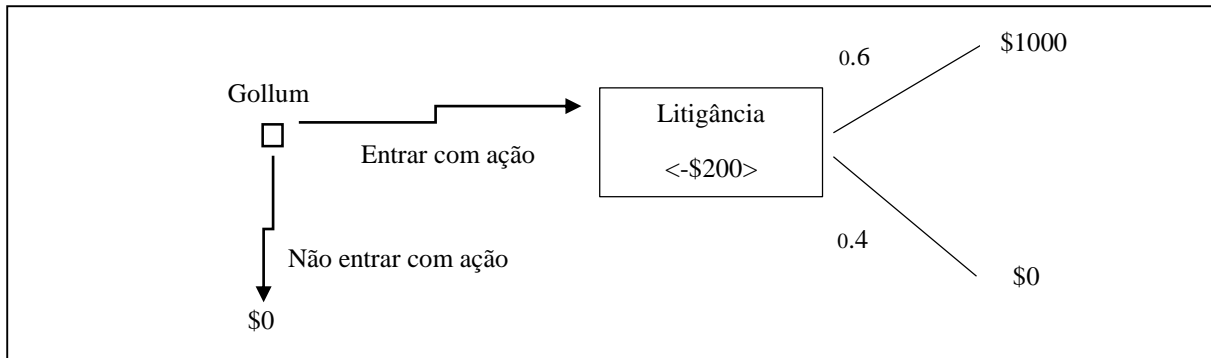
Após consulta a seu advogado, Grima, Gollum é informado de que suas probabilidades de êxito são de 60%, ao passo que, se ganhar, é plausível que ele espere um resultado de \$1000. Grima ainda lhe conta que os custos do processo serão de \$200. Suponha-se (ainda que irrealisticamente) que Gollum seja neutro ao risco nos assuntos relativos ao seu anel.

Eis a árvore de decisão de Gollum no tocante ao ingresso da ação:

¹⁶⁰ Um dos pontos mais interessantes da visão da análise econômica do direito é que não se leva em consideração o Direito Positivo ou, melhor dizendo, a norma jurídica aplicável ao caso concreto como um dado, mas apenas, quase que de modo Bayesiano, como uma probabilidade. De fato, muito embora a força das instituições (inclusive, e talvez especialmente, das normativas), possua uma importância enorme para a decisão de litigar ou não – mais adiante inclusive ver-se-á o papel do precedente – a norma jurídica possui mera influência probabilística na decisão da parte autora; a vontade de alterar o mundo dos fatos é que efetivamente move o seu comportamento para esse modelo, sendo o Direito Positivo apenas um dos fatores, ainda que o mais importante (ou não). Tal visão, apesar de se adequar muito bem à análise econômica do direito, não é exclusiva sua, e tampouco é puramente alienígena. É da pena do alagoano PONTES DE MIRANDA a lição de que no momento em que alguém se sente ferido em algum direito, o fato é puramente psicológico; a busca da tutela jurídica se dá não porque o peticionante tenha – e tampouco assim seria assumido – algum direito subjetivo qualquer perante outro ator social, mas apenas porque o cidadão declara essa pretensão perante o Estado-juiz (**Tratado das Ações**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 233-234).

¹⁶¹ O modelo de decisão de litigância pode sim variar conforme o estado da ação. Por exemplo, os custos podem variar conforme a fase do procedimento (propositura, audiência de conciliação, audiência de instrução, sentença, recurso inominado e etc.). Inicialmente o modelo considerará que os acordos são realizados previamente à propositura da lide e os custos serão afundados (*sunk costs*) inteiramente no momento do ingresso e não por etapas (*lumpy costs*). Conforme se mostrar necessário, essas presunções serão afastadas.

¹⁶² Veja-se que, uma vez mais, a norma jurídica aplicável à espécie (*i.e.*, se a pergunta “o que tenho em meus bolsos”. seja ou não uma adivinha válida, é irrelevante *a priori*).



Gollum entraria com esta ação?

Com certeza sim. Se Gollum entrar com a ação, existem dois possíveis resultados, uma vitória ou uma derrota. Com a probabilidade de 0.6, ele ganhará \$1000, ou seja, ele possui um ganho esperado de \$600¹⁶³. Com a probabilidade de 0.4, ele ganhará \$0¹⁶⁴. Diminuindo-se o valor certo dos custos de litigância, vê-se que o resultado esperado do litígio será de \$400 (positivo)¹⁶⁵.

Por outro lado, seu ganho certo se ele não litigar será de \$0.

Portanto, Gollum entrará com a ação se ele for neutro ao risco.

O artigo de POSNER permite a formalização desta análise, criando uma verdadeira fórmula de condição para a propositura da ação (*filing condition*), independentemente da própria existência e possibilidade de acordos:

$$(J \cdot P_a) - C_l > 0 \quad (3)^{166}$$

Essa inequação explicita que a ação somente será proposta se o valor esperado de seu ganho menos os seus custos for um valor positivo (*i.e.*, superior a zero)¹⁶⁷.

¹⁶³ $0.6 \times 1000 = 600$.

¹⁶⁴ $0.4 \times 0 = 0$.

¹⁶⁵ $600 + (-200) = 400$.

¹⁶⁶ O ganho a ser auferido pela ação (J) multiplicado pela probabilidade de tal ganho ocorrer (P_a), menos o custo do litígio (C_l) é maior que zero.

¹⁶⁷ POSNER assume que em sendo iguais a zero a parte não ingressará com a ação, ou seja, na indiferença, haveria uma preferência marginal por não ajuizar a ação, pressuposto que se reputa intuitivamente adequado.

Dito de outra maneira, é possível também dizer que a ação somente será proposta se e somente se os ganhos esperados forem superiores à perda certa (custos da ação), como se vê por esta solução da inequação:

$$JP_a > C_l \quad (4)$$

A outra questão do modelo primeiro de POSNER é a de que, como bem apontado por BRUCE HAY e KATHRYN SPIER, o acordo possui a vantagem de preservar as partes dos *custos de litigar em juízo*, os quais podem ser ou não substanciosos¹⁶⁸.

O processo judicial pode envolver preços volumosos com advogados e taxas inúmeras, além é claro de ser altamente demorado. Qualquer acordo que resolva o caso gerará um excedente para as partes – na forma da economia de custos de litígio – que elas poderão dividir entre elas, na forma que o poder de barganha de cada qual permitir.

Conforme afirmado por STEVEN SHAVELL, “é claro que se o autor e o réu tiverem as mesmas crenças sobre o resultado do julgamento, então deveria existir sempre acordos mutuamente benéficos, porque eles conseguiriam escapar aos custos do julgamento pela transação”¹⁶⁹.

E mais, afirma o professor da Harvard Law School, que o acordo mútuo sempre será possível ressalvado que a estimativa das partes não divirja tanto que exceda a soma de seus custos no julgamento¹⁷⁰.

Relembrando o que se disse acima, um acordo ocorrerá se $O^R_{max} \geq O^A_{min}$, ou seja, se o máximo que o requerido estiver disposto a pagar for maior que o mínimo plausível de ser aceito pelo autor.

Assim:

¹⁶⁸ **Litigation and Settlement**. Disponível em: < <https://pdfs.semanticscholar.org/b7fe/7c460503e395f43afea95cc-924cac53dc9c0.pdf> >. Acesso em 04 de agosto de 2018.

¹⁶⁹ **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 402. Tradução livre.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 403.

$$[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a \quad (5)$$

Descrita esta inequação de outro modo:

$$(P_a - P_r)J > 2(C_l - C_a) \quad (6)^{171}$$

Isso significa que, para que haja o litígio, a diferença de probabilidades de êxito entre autor e réu, multiplicada pelo valor da demanda deve ser superior a duas vezes a diferença de custos de litígio e de acordo. Do contrário, não satisfeita esta inequação, um acordo seria possível.

Em outras palavras, se as partes estimam em medidas semelhantes a probabilidade de êxito do pedido autoral, o valor do primeiro termo tende a zero (por exemplo, se o autor entende que possui 0.7 de chances de se sair vitorioso e o demandado uma probabilidade de 0.7 de se vir obrigado a pagar o valor do pedido, a operação de diminuição será de zero)¹⁷².

Em sendo assim, a ação judicial somente ocorrerá, por esse modelo inicial¹⁷³, se e somente se as partes forem excessivamente otimistas a respeito do resultado do processo.

Daí EDUARDO STORDEUR dizer que:

“Isto mostra a importância de contar com doutrina estável que permita que as partes não sejam demasiadamente otimistas a respeito do resultado do pleito. Jurisprudência e doutrina estáveis permitem eliminar conflitos a menores custos, facilitando o acordo e poupando da sociedade e das partes os custos de litigar” (**Análisis Económico del Derecho: una introducción**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. p. 379. Tradução livre).

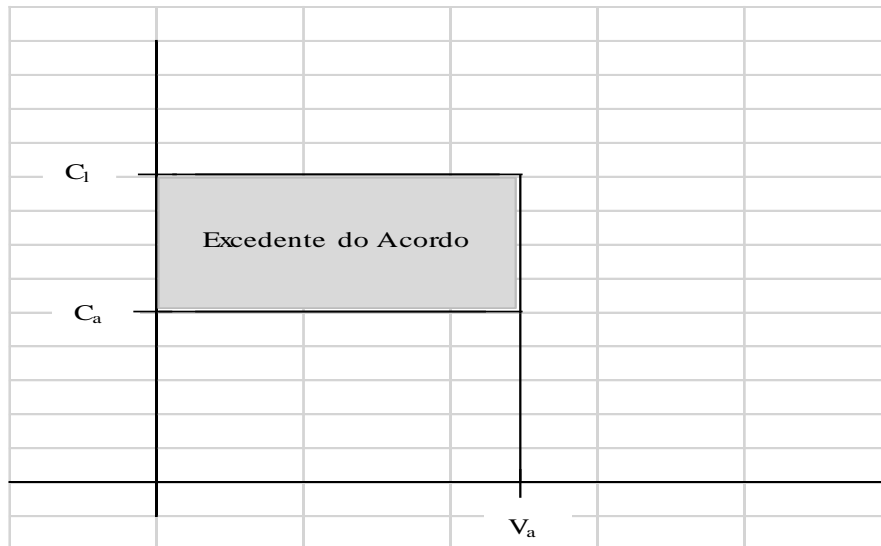
¹⁷¹ Igualmente é o modelo do próprio POSNER (*Op. cit.*, 2014. p. 522).

¹⁷² Os números constantes deste trabalho e das situações que figuram como exemplo, salvo quando o contrário for expressamente dito no texto (o que ocorrerá quando o modelo de decisão for testado à luz das evidências empíricas), são puramente ficcionais e arbitrários, visando compreender a ideia central da dissertação e não refletir qualquer semelhança com dados concretos.

¹⁷³ Como se disse acima, outros fatores podem influenciar diretamente nessa decisão, desde que alguns pressupostos do modelo inicial sejam relaxados.

Portanto, vê-se que, em uma simetria de expectativas com relação ao resultado do julgamento de uma determinada ação, a auto composição seria sempre possível, pois permitiria a economia dos custos com o litígio na forma de um excedente a ser repartido entre as partes¹⁷⁴.

Em representação gráfica¹⁷⁵:



Assim, se valendo do exemplo anterior, viu-se que o custo do litígio para a ação que Gollum entraria contra Bilbo era de \$200. Supondo que os custos de Bilbo em sua defesa sejam idênticos (também \$200). Recorde-se que o valor da demanda era de \$1000.

O valor esperado da litigância era de \$400 para Gollum. Ele não aceitaria qualquer proposta menor do que esse valor. Esse é o seu preço de reserva (*reservation price*)

O valor esperado da demanda para Bilbo, por outro lado, era de -\$800, exatamente em razão da simetria de opiniões¹⁷⁶.

Ora, Gollum aceitará qualquer valor acima de \$400, pois já é acima do que é por ele esperado. Bilbo, por outro lado, aceitará pagar qualquer valor abaixo de \$800, pela mesma razão.

¹⁷⁴ No limite, como afirmado por BONE, quando a divergência de expectativa fosse sensível e/ou as custas do litígio forem baixas, o excedente será igual a zero e as partes seriam indiferentes quanto a litigar ou transacionar a questão, porque cada opção lhes outorga o mesmo valor esperado (*Op. cit.*, 2003. p. 75).

¹⁷⁵ C_l representa o custo do litígio, C_a o custo do acordo e V_a o valor da ação como um todo.

¹⁷⁶ Veja-se que o valor dos custos do processo (\$200) diminuem do valor a ser recebido por Gollum mas aumentam o valor a ser pago por Bilbo na mesma medida.

A diferença que possibilitará o acordo *é exatamente o valor dos custos de litígio* no qual eles incorrerão acaso desejem ir a julgamento (\$400). Essa é a margem que eles possuem para, de acordo com o poder de barganha de cada qual, chegarem a um consenso, também chamada de ponto de divergência (*disagreement point*)¹⁷⁷.

Ainda que se considerasse neste exemplo a existência de um custo de acordo, o que é bastante crível, ele apenas reduziria a margem passível de acordo mas, como também é crível admitir que os custos de acordo sejam *menores* que os custos da litigância, ainda que com uma margem menor, o acordo poderá acontecer, a depender da barganha a ser realizada¹⁷⁸.

Por isso, mantidas as demais variáveis constantes, a diferença entre os custos do litígio é exatamente o que permite a realização de acordos em detrimento do julgamento por autoridades judiciais, ou, nas palavras do próprio POSNER¹⁷⁹, a explicação intuitiva, especialmente quando os ganhos de menor monta, tende a dominar a visão dos custos elevados da litigância na decisão de fazer o acordo¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Destaca-se, todavia, que, se as partes não buscarem recompensações exclusivamente pecuniárias, ou tiverem uma significativa preferência exclusivamente pelo seu “dia na corte” (o que pode ocorrer, v.g., pela publicidade ou por uma questão subjetiva de justiça ou equidade), as partes não transacionarão nas bases desse modelo positivo. Porém, acaso se considere como custos (*C*) e recompensas (*J*) todas essas questões, em que pese a possibilidade de acordo poder restar mais reduzida e a análise econômica positiva ter mais dificuldade de prever sua factibilidade ou não, ainda assim o modelo em questão se presta a tal observação (a respeito de acordos para questões não monetárias, cf. SHAVELL, Steven. Suit versus Settlement When Parties Seek Nonmonetary Judgments. **The Journal of Legal Studies**, Vol. 22, n.º 1, 1993). Nesse trabalho, SHAVELL chega à conclusão de que apenas em situações, ainda que não monetárias, em que o objeto pretendido do litígio é indivisível, como, por exemplo, a guarda unilateral de um filho, é que a auto composição nas bases desse modelo poderia ser realmente impossível.

¹⁷⁸ Frisa-se essa questão, para que não haja equívocos na transmissão da mensagem: esta modelagem apenas diz que *poderá* existir o acordo e jamais que o acordo efetivamente *ocorrerá*. O desenrolar da barganha pode alterar profundamente a possibilidade ou não de acordo pois, em um processo judicial, vê-se que a negociação de acordo ocorre em um esquema conceitual idêntico ao do *monopólio bilateral* e, por isso, sujeitando-se a toda a análise científica existente sobre essa situação. O monopólio bilateral, como afirmam VASCONCELLOS *et al*, é a forma de mercado em que um monopsonista (único comprador existente no mercado para certo bem), na compra de um insumo, se defronta com um monopolista (único vendedor existente no mercado para certo bem) na venda desse mesmo insumo (**Manual de Economia**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.711). Isso ocorre porque, em um certo processo judicial, somente um específico autor pode transacionar com um específico réu. Não há “no mercado” outros indivíduos capazes de celebrar o negócio jurídico capaz de pôr termo àquela ação judicial, podendo inclusive gerar um problema de desistência da barganha (*holdout problem*). ALAN DEVLIN informa que esse problema introduz uma série de custos de transação próprios à barganha em si necessária à formulação do acordo. Em que pese se reconheça que ambas as partes estariam melhor se negociassem previamente ao processo judicial – obtendo assim o excedente do acordo, como visto – não é irrisória a dificuldade de ambas de chegarem ao montante a ser apropriado por cada uma delas. No exemplo, muito embora Gollum e Bilbo possam saber, em um cenário de informação perfeita, que o excedente é igual a \$400, possivelmente Gollum e Bilbo desejarão se apropriar da inteireza desse excedente ou, ao menos, da maior parte possível, o que, em uma situação de monopólio bilateral, poderá até mesmo impedir o acordo (**Fundamental Principles of Law and Economics**. London: Routledge, 2014. p. 213).

¹⁷⁹ *Op. cit.*, 2014. p. 781.

¹⁸⁰ Inclusive, há quem afirme, como SPIER, que em determinadas situações, se os custos do litígio forem baixos o suficiente, algumas espécies de demanda *jamaiz* serão objeto de acordo e sempre irão a litígio (SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell A. e SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. Vol. 1. Amsterdam: North-Holland, 2007. p. 277). Mais sobre isso adiante.

Por outro lado, como afirmam COOTER e RUBINFELD, a frequência de acordos tende a aumentar conforme se aumenta a magnitude de tal excedente, existindo assim maiores plausibilidades de acordo quando a diferença entre os custos da auto composição e do litígio forem significativos, conforme os custos da negociação forem ainda menores ou se ambas as partes forem pessimistas¹⁸¹.

Em adição a isso, uma vez que o julgamento em juízo é, inerentemente, incerto, por melhor que sejam as instituições jurídicas, o acordo se torna ainda mais atrativo se uma ou alguma das partes são avessas ao risco¹⁸².

O terceiro artigo publicado que compõe o modelo básico da litigância é o chamado modelo de JOHN GOULD, datado de 1973¹⁸³ e endereça exatamente a esse problema do risco e a sua influência na seleção de casos que desaguam em litígio em relação aos que terminam em acordo.

A principal proposição de GOULD é a de que quando dois indivíduos avessos ao risco se envolvem em um conflito que possui um resultado incerto para ambos (v.g., um litígio), podem ambos ganhar simplesmente por eliminar a incerteza e firmarem um acordo em uma transferência de alocações de direitos sem riscos, aumentando as margens para a auto composição.

Conforme explanação de MILTON FRIEDMAN e L. J. SAVAGE, supondo-se um determinado indivíduo que possua uma renda R , da qual deriva uma utilidade representada pela função $U(R)$. Sendo $U(R)$ a quantidade de utilidade extraída de sua renda e pressupondo-se que essa função seja ainda crescente¹⁸⁴.

Se esse indivíduo se depara com uma escolha entre duas rendas diferentes, uma sem incerteza, a qual se nomeia A , e a outra, com incerteza, a qual se nomeia B .

¹⁸¹ Os autores inclusive chegam a ser normativos ao sugerirem políticas públicas que aumentem os custos da litigância, baixem os custos da negociação ou façam as partes pessimistas sobre o resultado da lide como forma de causar um aumento no índice de acordos (Economic Analysis of Legal Disputes and their resolution. **Journal of Economic Literature**. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/4722380_Economic_Analysis_of_Legal_Disputes_and_Their_Resolution>. Acesso em 4 de agosto de 2018).

¹⁸² HAY, Bruce L. e SPIER, Kathryn E. Settlement of Litigation. In: **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. Vol. 3. London: Macmillan Reference Limited, 1998, p. 442.

¹⁸³ The Economics of Legal Conflicts. **The Journal of Legal Studies**. Chicago: Chicago University Press. Vol. 2, n.º 2 (Jun., 1973). pp. 279-300.

¹⁸⁴ The utility analysis of choices involving risk. **The Journal of Political Economy**. Chicago: Chicago University Press. Vol. LVI. N.º 4. Aug. 1948. pp. 279-304.

Na renda com incerteza (B), existe uma chance θ ($0 < \theta < 1$) de uma renda R_1 , ao passo que uma chance $(1 - \theta)$ de uma renda R_2 , sendo que, por simplicidade, R_2 será sempre maior que R_1 .

A renda certa (proveniente de A) será chamada de R_0 .

Ceteris paribus, a utilidade esperada de B será tal que

$$U(B) = \theta U(R_1) + (1 - \theta)U(R_2) \quad (7)$$

Portanto, esse determinado indivíduo preferiria a renda B se $U(B) > U(A)$ ou preferiria a renda A se $U(A) > U(B)$ e seria indiferente entre as rendas A e B se $U(B) = U(A)$.

Essa é a situação do indivíduo que seja neutro com relação ao risco. Desde que o valor atuarial seja idêntico (*i.e.*, que $R_0 = \theta R_1 + (1 - \theta)R_2$), tal indivíduo não possui qualquer postura diante do risco em si, ou seja, ao risco ele não atribui qualquer predicado, seja negativo ou positivo. Ele é *indiferente* ao risco.

Porém, supondo-se que esse indivíduo seja averso ao risco, entenderá ele que, sob o mesmo pressuposto (idêntico valor atuarial), que $U(A) > U(B)$ e, verdadeiramente, ele estaria disposto a pagar um equivalente em renda a $U(A) - U(B)$, apenas para extirpar a incerteza, sendo esta a medida de desutilidade que ele atribuiria a um determinado risco.

Tais noções foram aplicadas aos modelos de LANDES e POSNER por GOULD e, pelo formato mais simples, criou-se um “fator de risco”, diga-se, r (sendo que, no caso da parte autora de uma ação judicial, $0 < r < 1$ se aversa ao risco ou $r > 1$ em caso de propensão ao risco. O inverso se aplica à parte ré), incidente sobre o ganho ou a perda em decorrência da ação, obtido através da diminuição de utilidades entre a maior e a menor decorrente das opções disponíveis ao indivíduo.

Por exemplo, descrevendo-se a equação (3), que trata das condições para o ajuizamento da ação, com a aplicação do fator de risco, ter-se-ia:

$$(J \cdot r \cdot P_a) - C_l > 0 \quad (8)$$

Veja-se que o efeito do risco é exatamente o de, em termos práticos, aumentar o ganho *efetivo* com o processo judicial, para aquelas partes que possuem de fato uma propensão ao risco e diminuir o ganho *efetivo* da mesma lide para as partes que possuem uma aversão ao risco.

O mesmo se aplica ao lado do requerido, mas como perda *efetiva*, reduzindo sua desutilidade (ou seja, minorando sua possível derrota) em caso de preferência ao risco e aumentando-a (ou seja, majorando sua possível derrota) em caso de aversão ao risco.

Um exemplo se faz necessário.

Visando não cansar o leitor, trocar-se-á a situação; simplesmente se assuma que o anel de Gollum tenha sido destruído por um incauto sobrinho de Bilbo, gerando a perda do objeto da querela.

Harry é um piloto de vassouras mágicas bastante confiante em sua habilidade. Porém, em um dado momento, agindo de maneira imprudente, abalroou pela traseira a vassoura voadora pilotada pelo lento e cauteloso Ron, causando \$1000 de danos.

Ron procura Hermione, sua advogada, a qual, estudiosa e conhecedora das normas jurídicas que vigem a respeito da matéria em Hogwarts, indica com certeza que a probabilidade de êxito de uma demanda de Ron contra Harry seria de 70% (0.7); nesse caso, dizendo ainda que os custos do litígio seriam de \$100.

Supondo-se cenário de informação perfeita, no caso concreto, seria racional Ron ingressar com essa ação contra Harry?

Saturando as variáveis da inequação (3), vê-se que sim.

J seria \$1000, ao passo que P_a seria igual a 0.7. O valor esperado do pedido seria de \$700. Os custos do litígio são certos de \$100, de maneira que o valor esperado do litígio será de \$600, maior que zero, portanto.

Ocorre que Ron é extremamente avesso ao risco e Harry sabe disso. Conhecendo Ron há vários anos, Harry estima, com acerto, que a utilidade que Ron outorgaria à renda incerta de \$600, diga-se, 10% (estima, portanto, um fator de risco de 0.1) menor.

Diante disso, em uma situação na qual Ron seja neutro ao risco, considerando-se a simetria expectativas em decorrência do litígio, a igualdade de custos entre ambas as partes e a irrelevância de custos para o acordo, vê-se que a margem de acordo seria de \$200¹⁸⁵.

Veja-se que, aplicando-se o fato de risco r aos ganhos a serem obtidos por Ron, sendo que r , por ser ele averso ao risco, é um número maior que zero e menor que 1, gera um hiato ainda maior entre O_{max}^R e O_{min}^A , pois a *utilidade* em decorrência do litígio, pela presença de incerteza, é menor para uma das partes (a aversa ao risco) do que para a outra (neutra ao risco).

Na situação do exemplo, o que ocorre é que Ron, dada sua aversão ao risco, aceitaria em um acordo – por extrair o risco da situação – um valor menor do que o esperado para a demanda, pagando um verdadeiro *prêmio* pela certeza.

Saturando a fórmula (8) em cotejo com a fórmula (5), novamente retirando-se os custos referentes ao acordo em si, vê-se que Harry, neutro ao risco, continuaria disposto a pagar até \$800 para compor a lide e Ron, por outro lado, avesso ao risco, aceitaria receber, em caráter de acordo, \$540 (em razão do fator de desconto de risco de 0.1).

Ou seja, a margem de acordo que era de \$200 (duas vezes os custos do litígio) subiu para \$260, exatamente o percentual que aversão ao risco da parte que ostenta esse comportamento, aumentando as possibilidades de pactuação entre autor e réu.

4.2. QUADROS ALTERNATIVOS.

Como se verifica acima, o modelo inicial de “Landes-Posner-Gould” possibilitou a extração de três elementos que interessam diretamente a este trabalho, a saber, a condição inicial pela qual uma ação pode ser proposta, a condição pela qual um acordo pode ser realizado e a influência do comportamento diante do risco de por parte de autor e réu.

Todavia, o profícuo trabalho da análise econômica do direito, em especial em solo americano e europeu, trouxera à luz uma série de outras questões, seja agregando-se ao modelo

¹⁸⁵ Lembrando a inequação n.º (5), retirando-se os custos de acordo, vê-se que: $[C_l + (J \cdot P_r)] > [(J \cdot P_a) - C_l]$. Saturando as variáveis, ter-se-ia, do lado do réu, Harry, \$800 como a perda esperada em caso de litígio e, no caso do autor, Ron, um ganho esperado de \$600. Uma vez que \$800 é maior que \$600, decorrente da simetria de expectativas e custos, o acordo é possível e sua margem é exatamente dos custos que ambas as partes incorreriam na eventualidade do litígio.

inicial ou então ao menos relaxando presunções iniciais do paradigma dos modelos da década de 70 do século passado.

A ciência do direito, neste particular, tratou amplamente do tema e não é a pretensão deste trabalho ser exauriente a respeito de todas as modelagens realizadas pelos cientistas.

Seu escopo será apenas o de trazer um número específico de quadros alternativos que se mostrem essenciais para a modelagem que se pretende realizar e para a compreensão da problemática exatamente no padrão brasileiro de litigância e, em especial, para um ambiente muito específico de demandas, que é o escopo dos juizados especiais cíveis.

E mais, não se ingressará demasiadamente no mérito das ações que são levadas aos juizados pois, como se viu desde a introdução, o objetivo da dissertação não é analisar qualitativamente os casos que são trazidos a esse ramo do Poder Judiciário, mas sim o de ver se (ou como) a gratuidade de acesso influencia na litigância.

Por essa razão, apenas algumas das muitas contribuições analíticas serão postas em consideração. Pede-se desde já, por isso, escusas ao leitor.

4.2.1. Problemas de Barganha (*hard bargaining*).

O modelo básico de litigância assume um comportamento não estratégico dos litigantes. Ou seja, a pressuposição é a de que, existindo um excedente decorrente da simetria de informações e dos custos do litígio serem superiores aos custos do acordo, as partes poderiam transacionar a lide.

Entretanto, existe, como já apontado, um problema não resolvido pelo modelo primeiro: o da distribuição do excedente.

Uma vez que a situação em testilha se parece com um monopólio bilateral, em que apenas o autor pode vender sua alocação de direitos (monopólio) e apenas o réu pode comprá-lo (monopsônio), ainda que ambas as partes sejam plenamente racionais, é possível que, mesmo à luz de um excedente a ser capturado, ambas demandem uma das outras concessões cada vez maiores, na esperança de que a outra aceite.

Evidentemente, isso poderá gerar que a outra parte simplesmente adote uma estratégia de endurecer a barganha ainda mais, em resposta, o que pode tornar extremamente difícil

que a barganha ocorra, mesmo diante do excedente, e um julgamento seja necessário, ainda que ineficiente.

Uma das formas de analisar positivamente essa questão é através do *Problema do Dilema do Prisioneiro*.

O dilema do prisioneiro é um jogo de duas pessoas de soma não-zero, originalmente apresentado por A. W. TUCKER, conforme noticia MORTON DAVIS¹⁸⁶, o qual possibilita a ilustração do problema de uma barganha endurecida pelo comportamento estratégico.

Seu elemento essencial é que dois sujeitos são colocados em uma situação na qual eles possuem duas escolhas, “cooperar” ou “não cooperar”. Quando ambos cooperam, cada um deles consegue um melhor resultado do que quando nenhum deles coopera. Ocorre que, para qualquer estratégia que seja empregada por um dos jogadores, o outro sempre conseguirá um melhor resultado para si se não cooperar do que cooperando.

Um último detalhe, que é de suma importância, esses jogadores somente participarão de uma única rodada desse jogo.

Um exemplo norteará a explanação, já aplicada à barganha do processo judicial.

Rebeca busca ingressar com uma demanda contra Gilson, síndico do prédio, em razão de um vazamento em seu apartamento. Rebeca possui 60% (0.6) de chance de ser bem sucedida em seu pedido, com uma expectativa de ganho de \$10.000. O custo da litigância, para cada, será de \$1.000. Assume-se que os custos da negociação em si são iguais a zero e que os custos de propositura da ação igualmente são zero.

Iniciadas as negociações na sala de conciliações, diga-se, do juizado especial cível de Tangamandápio, ambas as partes possuem como opções adotar uma estratégia leve ou dura no que tange às negociações.

Se ambas as partes adotam uma estratégia leve, o acordo acontece e elas igualmente dividem o custo da litigância. Rebeca ganharia \$6.000 e Gilson pagaria \$6.000.

Por outro lado, se Rebeca endurecer a estratégia e Gilson mantiver uma estratégia leve de negociação, Rebeca conseguirá, ao invés de metade, três quartos (75%) do excedente do acordo. Assim, Rebeca receberia de Gilson a quantia de \$7.000. O contrário também seria verdadeiro e Gilson pagaria a Rebeca apenas o valor de \$5.000.

¹⁸⁶ DAVIS, Morton D. **Teoria dos Jogos**: uma introdução não-técnica. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 106.

Na eventualidade de ambos endurecerem suas estratégias, diga-se que o acordo só teria 60% de chance de acontecer e, quando ocorresse, as partes dividiriam igualmente o excedente, de modo que o resultado esperado da demanda (esperado pois o acordo agora é uma mera expectativa) seria de Rebeca recebendo uma quantia estimada de \$5.200 e Gilson dispendendo um total de \$6.800.

Esses resultados podem ser sintetizados em uma *matriz de ganhos* da seguinte forma:

		Gilson	
		Estratégia dura	Estratégia leve
Rebeca	Estratégia dura	\$5.200 -\$6.800	\$7.000 -\$7.000
	Estratégia leve	\$5.000 -\$5.000	\$6.000 -\$6.000

Uma vez que posta dessa forma, é bastante claro verificar que, para qualquer estratégia adotada por Gilson, Rebeca estará em melhor situação se adotar uma estratégia dura. O reverso também é verdadeiro.

Se adotar uma estratégia dura, Rebeca ganhará \$7.000 se Gilson adotar uma estratégia leve, ao passo que receberá \$5.200 ainda que Gilson também endureça sua estratégia. Porém, se Rebeca mantiver uma estratégia leve, ela poderá sim ganhar \$6.000, mas também correrá o risco de ganhar menos do que ganharia de outro modo (\$5.000), caso Gilson endureça sua estratégia enquanto ela estiver se valendo de uma estratégia leve de negociação.

O grande problema aqui é que não há modos, pelo desenho da barganha, de as partes se outorgarem confiança mútua de que ambas agirão com vistas à cooperação.

A assimetria de informações é grande demais para isso, de maneira que em um ambiente de ampla possibilidade de acordo, exclusivamente por essa divergência de expectativas, poderia ver obstada a realização de um acordo ainda que uma postura completamente racional, se tenha como pressuposto da análise.

A literatura, apesar de ainda não estar em seu grau desejado de desenvolvimento acerca da matéria, como afirma JOEL WALDFOGEL, possui um relativo consenso sobre o fato de que os casos que efetivamente vão a julgamento não são uma amostra randômica dos casos

efetivamente submetidos a julgamento; o dissenso reside exatamente em qual o método (ou até mesmo os métodos) pelo qual é escolhido quais casos vão a julgamento e quais são objeto de acordos¹⁸⁷.

O modelo mais conhecido é o chamado modelo de PRIEST-KLEIN, produzido em meados de 1984 pelos autores que emprestaram a ele seu nome¹⁸⁸.

Esse modelo possui por característica principal o posicionar das partes em ambiente de informação imperfeita, o que causa uma estimativa equivocada do valor da litigância. Os casos que efetivamente não são objeto de acordo são aqueles que o autor sobrestima e/ou o réu subestima o valor esperado da litigância em caso de julgamento.

Todavia, como noticiam LOEWENSTEIN *et al*, mais recentemente, uma significativa quantidade de experimentos vem demonstrando que a maioria das pessoas possui fortes preferências com respeito ao que entendem por “justiça”, muito embora o grau de preferência varie conforme as importâncias pecuniárias que se encontram em disputa e, acima de tudo, a visão de “justiça” tende a ser enviesada de uma forma auto interessada¹⁸⁹.

Sem embargo, como apontado por BAIRD, GERTNER e PICKER, outro ponto a ser colocado em observação é o fato de que em algumas situações os indivíduos são chamados a realizar repetidas “jogadas” uns com os outros, de maneira que eles precisam levar em consideração o fato de que as decisões que eles tomam em uma rodada poderá afetar o que acontece nas rodadas sucessivas¹⁹⁰.

É aí que a reputação entra em campo.

Por exemplo, imagine-se no exemplo anterior, entre Rebeca e Gilson. Acaso houvesse a possibilidade de um número n de ações que eles enfrentariam em decorrência do condomínio e que o número de ações exata fosse deles desconhecido. Ou seja, nenhum deles saberia qual seria a última vez que se veriam frente a frente no processo judicial.

Nesta circunstância, seria bem plausível entender que ambas as partes criariam mecanismos para assegurar a confiabilidade um do outro no sentido de um cometimento mútuo a

¹⁸⁷ Selection of cases for trial. In: **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. Vol. 3. London: Macmillan Reference Limited, 1998. p. 424.

¹⁸⁸ PRIEST, George L. e KLEIN, Benjamin. Selection of disputes for litigation. **Journal of Legal Studies**. Chicago: Chicago University Press. Vol. 1. N.º 13, 1984. pp. 1-55.

¹⁸⁹ LOEWENSTEIN, George; *et al*. Self-serving assessments of fairness and pretrial bargaining. **Journal of Legal Studies**. Chicago: Chicago University Press. Vol. XXII, 1993. p. 137-139.

¹⁹⁰ BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 159.

estratégias leves de negociação, a fim de que possam, ao longo de n querelas, encontrarem-se ao final em situação melhor (os ganhos são maiores) do que se tivessem mantido a estratégia amplamente dominante que prevaleceria em uma só ação.

Por outro lado, quando só uma das partes irá enfrentar uma mesma ação por um número sucessivo de vezes – por exemplo, como ocorre frequentemente com as chamadas ações de massa, em que uma das partes, normalmente a parte ré, é processada diversas vezes por autores diferentes – é bastante plausível que ela busque criar uma reputação de uma negociadora dura, a fim de que ela possa evitar demandas frívolas (vide abaixo) ou ainda forçar para baixo acordos contra partes autoras com alta aversão ao risco (vide acima).

De uma forma ou de outra, a possibilidade de que uma das partes tenha ônus reputacionais sobre uma determinada ação causa influência sobre o objeto do julgamento (a variável J da fórmula n.º 3).

Analizando empiricamente a questão, GROSS e SYVERUD chegaram à conclusão, por exemplo, de que em processos de responsabilidade civil médica, usualmente o requerido (o médico processado por ter, em tese, agido culposamente em sua profissão) se nega completamente a oferecer qualquer proposta em acordo, insistindo no julgamento da demanda para que o profissional possa receber um “atestado de competência” do Poder Judiciário, não pairando riscos sobre sua reputação¹⁹¹.

Como afirma POSNER, se uma das partes cogita futuros benefícios de ganhar a ação em escopo, J para essa parte será, de fato, apenas o início de uma linha de benefícios. O acordo pode ser impossível, assim, se uma das partes, com o olhar para futuras disputas com outras partes, necessita levar o caso a julgamento – para formação do precedente, que não existe na hipótese de acordo – ou então criar uma reputação de negociadora dura¹⁹².

4.2.2. Expectativas divergentes, otimismo mútuo e o valor do precedente enquanto capital jurídico.

Outro fator apontado como determinante para a ausência de composição e fomentação à litigância são as expectativas divergentes entre as partes do litígio.

¹⁹¹ *Op. cit.*, p. 378.

¹⁹² *Op. cit.*, 2014. p. 782.

Como se verifica a inequação (9), acima, a fim de que haja a possibilidade de composição consensual da lide, ou mesmo o seu não ajuizamento, é necessário que o valor máximo de oferta do requerido seja maior ou, no limite, igual ao valor mínimo de aceite do requerente (no equilíbrio, como visto, presume-se que seja melhor autocompor a demanda a litigá-la).

Para ambas as partes, os fatores relevantes no achado desses limites – valor máximo de oferta e valor mínimo de aceite – são basicamente os mesmos: custos do litígio, custos do acordo, objeto do pedido (ganho ou perda, a depender de se tratar de autor ou réu), o fator de preferência, aversão ou neutralidade ao risco e, enfim, a estimativa de que o ganho ou a perda se concretize.

Até agora, ressalvada a questão do risco, em que se admitiu a presença de assimetria entre as partes envolvidas no conflito, o modelo básico não trouxe qualquer indicativo de diferença entre elas.

Em especial, assumiu até então – ainda que irrealisticamente, mas certamente com efeitos claros sobre a elegância do modelo – que ambas possuem *informação perfeita* acerca da chance de se sagrarem vencedoras ou perdedoras do conflito que se desenrola. Tanto é assim, por exemplo, que tanto no exemplo de Bilbo e Gollum quanto no de Harry e Ron, a parte autora estimava a chance de ganhar com *idêntica* probabilidade que a parte ré estimava sua chance de perder.

O efeito prático da divergência de estimativas pode ser ilustrado com outro exemplo e o uso da inequação (5), pois consideraremos, por simplicidade, que as partes são neutras ao risco.

Suponha-se que Shylock, um empreendedor autônomo das finanças, e Antônio, um comerciante, realizam um contrato, no qual o primeiro se obriga a entregar uma quantia ao segundo mediante pagamento futuro. Na data aprazada, Antônio afirma que nada deve ao primeiro, alegando uma série de argumentos fáticos e jurídicos.

Shylock consulta seus advogados que dizem a ele ser esta uma “ação ganha” pois o direito está do seu lado e o contrato está perfeitamente escrito. Antônio, por sua vez, que já havia se consultado com especialistas em contratos de crédito, também está otimista quanto ao resultado. Shylock e Antônio estimam, para si próprios, uma chance de vitória de 95% ou, em outras palavras, só um milagre o faria perder o caso¹⁹³.

¹⁹³ O percentual pode parecer exagerado, especialmente para os profissionais do direito, mas como se verá adiante, a pesquisa empírica demonstrou que o otimismo é sensível nesse sentido.

Ambos possuem informação perfeita acerca do valor do conflito, suponha-se, \$100. Os custos do processo são de \$10 para ambas as partes. Os custos do acordo, assumam-se, são irrelevantes.

Relembrando-se, somente poderá haver acordo se a oferta máxima do réu (maior valor que o demandado está disposto a oferecer) for maior que a oferta mínima do autor (o menor valor que o requerente está disposto a aceitar).

A inequação (5) prevê que: $[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a$.

Saturando-se as variáveis para o exemplo hipotético, vê-se que a oferta máxima do réu (primeiro membro da inequação) é igual a \$15¹⁹⁴, ao passo que a oferta mínima do autor (o segundo membro) é igual a \$85¹⁹⁵. Ou seja, em sendo falso que 15 seja maior que 85, a inequação não está satisfeita e, por isso, esse é um cenário de impossibilidade de acordo.

Como se verifica do exemplo, quão maior a divergência de expectativas, menor é a possibilidade de que haja um cenário plausível de autocomposição, sendo certo que, se tal divergência for por demais significativa, como na situação hipotética acima indicada, o acordo pode se tornar absolutamente impossível.

Relevante destacar, *v.g.*, que a divergência de estimativas pode recair ainda sobre o próprio valor do litígio.

No conflito de interesses, pode ser que o autor estime que exista uma dada probabilidade de êxito de um certo valor e uma probabilidade remanescente do êxito de um outro valor, ou ainda de uma somatória de probabilidades para uma série de valores, como ocorre nas situações de dano moral, em que, a partir de um valor máximo (atualmente representado pelo pedido autoral, na forma do art. 292, inciso V do CPC), as partes assinalariam probabilidades estimadas para cada valor subsequente.

Acaso assim se considerasse, haveria um complicador para a inequação, que passaria a contar com a soma de valores esperados¹⁹⁶ ou ainda o somatório de uma sequência de probabilidades assinaladas para cada valor possível do litígio¹⁹⁷. Uma vez que o objetivo deste

¹⁹⁴ $10 + (100 \times 0,05) - 0 = 15$.

¹⁹⁵ $(100 \times 0,95) - 10 - 0 = 85$.

¹⁹⁶ $\{C_l + [(J \cdot \theta P_r) + (J \cdot 1 - \theta P_r)]\} - C_a > \{C_l + [(J \cdot \partial P_a) + (J \cdot 1 - \partial P_a)]\} + C_a$, onde θ seria a probabilidade que uma das partes assinala e ∂ a assinalada pela outra.

¹⁹⁷ $[C_l + (\sum_{k=0}^n \theta k)] - C_a > [(\sum_{z=0}^n \partial z) - C_l] + C_a$, onde, por simplicidade, θ e ∂ seriam multiplicadores fixos de probabilidades que uma das partes assinala a cada valor imaginado para, por exemplo, eventuais danos morais, onde k e z seriam os menores valores (o zero representando a vitória total ou a derrota completa na ação) e n a importância financeira do pedido quantificada no valor da causa.

trabalho é, com a menor quantidade de entidades e complexidades possíveis, apresentar o modo como se dá a decisão de litigar nos juizados especiais cíveis, essas duas situações não serão adotadas doravante e o valor do litígio terá sempre uma probabilidade igual a 1.

A temática das expectativas divergentes se presta, portanto, exatamente para relaxar a suposição de igualdade de estimativas, acrescentando uma complexidade ao modelo básico que se parece extremamente relevante para captar a realidade dos conflitos solucionados à sombra do Direito.

A grande questão a ser respondida é o porquê das partes possuírem essas divergentes estimativas, mormente em razão de que, quando confrontadas com a parte adversária, a teoria da escolha racional sugeriria que ambos os lados do conflito readequariam suas estimativas ao contato com a outra, conforme afirma ROBERT J. AUMANN¹⁹⁸.

A primeira – e mais clássica – hipótese foi levantada por LUCIAN ARYE BEBCHUK, e é a de que partes possuem informações diferentes acerca do resultado do caso em disputa. Dito de outro modo, autor e réu possuem informações privadas acerca da gravidade dos danos sofridos (ou causados) ou então acerca do seu grau (ou ausência de) culpa pela prática do ato.

O raciocínio é simples, mas bastante firme, e o ponto central da tese de BEBCHUK é a de que, na presença de informação assimétrica entre as partes, existe uma probabilidade positiva de que o caso poderá fracassar a ser solucionado em um acordo.

O modelo formulado pelo autor¹⁹⁹ partiu do pressuposto de que o requerente possuía uma informação privilegiada acerca da sua chance de se sagrar vencedor no conflito e que, por exemplo, os autores de ações poderiam se dividir em dois grupos, aqueles com uma demanda “forte” ou “fraca”, igualmente distribuídos no universo de autores.

O réu não sabe se o autor do processo em questão possui uma demanda “forte” ou “fraca”, mas sabe a distribuição de tipos de demanda.

Nessa situação, as demandas “fortes” jamais serão objeto de acordo, segundo o modelo de BEBCHUK, uma vez que, não sabendo o requerido se o autor em sua frente possui uma demanda “forte” ou “fraca”, se ele oferecesse o valor mínimo de aceitação de uma demanda “forte” a todo o tempo, ele se veria não só arcando com custos desnecessários provenientes das

¹⁹⁸ Agreeing to Disagree. **The Annals of Statistics**. Vol. 4, No. 6, Nov., 1976. p. 1238.

¹⁹⁹ Litigation and Settlement Under Imperfect Information. **The RAND Journal of Economics**. Vol. 15, n.º 3, 1984. p. 406.

demandas “fracas” como também estimularia – acaso pudesse haver a repetição de casos similares – uma multiplicação de litígios contra si²⁰⁰.

Portanto, a existência de informação privada, assimétrica, é uma das causas reconhecidas pela literatura para a divergência de estimativas entre as partes e também da falha de algumas demandas de se submeterem à autocomposição.

Outra questão relativa à divergência de expectativas se dá quando uma das partes é *excessivamente otimista* para com o resultado da lide, ou seja, acredita – irrealisticamente de acordo com as decisões proferidas pelos tribunais em casos semelhantes ao seu – que se sagrará vitoriosa em uma chance superior à realidade.

Quando isso ocorre, pode não existir qualquer ponto de acordo que satisfaça às expectativas inflacionadas das partes, ou seja, não há acordo possível que ambas as partes concordem, como afirma MUHAMET YILDIZ²⁰¹.

Interessante verificar que existe significativa evidência empírica de que exista, de fato, um excesso de otimismo em todas as pessoas, incluindo-se negociadores bastante experimentados.

Conforme conhecida passagem de NEIL D. WEINSTEIN, de acordo com uma crença popular, as pessoas tendem a pensar serem invulneráveis. Elas esperam que outras pessoas sejam vítimas de infortúnios, não a si próprias. Essas ideias implicam não só uma visão esperançosa da vida, mas um erro de julgamento que pode ser denominado de *otimismo não realista*²⁰².

Por exemplo, nos estudos levados a termo no artigo acima citado, WEINSTEIN verificou que estudantes tendiam a acreditar que eles são mais propensos que seus pares a experimentar eventos positivos e menos propensos a negativos eventos, sendo que, mesmo confrontados com informações acerca dos atributos e ações de outros, esse otimismo era reduzido mas não eliminado em definitivo.

²⁰⁰ Colocando em termos numéricos, supondo-se que uma demanda forte possua um valor esperado de \$150 e, por outro lado, uma demanda fraca possua um valor esperado de \$75. Os custos do litígio são de \$15. Assuma-se que os custos de acordo são iguais a zero. Um autor com demanda fraca aceitará de bom grado uma oferta de ao menos \$75, ao passo que um autor de demanda forte recusará qualquer oferta inferior a \$150. Não sabendo o réu qual é o tipo de autor, a única oferta “garantida” de acordo será de \$150. Contudo, o réu estará melhor se ele sempre oferecer \$75. Isso porque o custo esperado de fazer uma oferta alta será de \$150 (o autor da ação com toda certeza – *i.e.*, probabilidade igual a 1 – aceitará a proposta); por outro lado, o custo esperado de fazer uma oferta menor será igual a $(0.5 \times \$165 + 0.5 \times 75) \120 , uma vez que o autor aceitará apenas se possuir uma demanda fraca.

²⁰¹ YILDIZ, MUHAMET. Bargaining with Optimism. **Annual Review of Economics**. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-economics-061109-080334>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

²⁰² WEINSTEIN, Neil D. Unrealistic Optimism About Future Life Events. **Journal of Personality and Social Psychology**. Vol. 39, n.º 5, 1980. p. 806.

As razões de tal otimismo são apontadas como as mais variadas²⁰³.

Por exemplo, no trabalho de LOEWENSTEIN *et al*, já citado, fora apontada a existência de um viés sistemático e, mais ainda, com vistas à auto satisfação (*self-serving*) no sentido de um excesso de otimismo pelas pessoas em um conflito de interesses no momento de estimarem as probabilidades de seu êxito²⁰⁴.

O próprio LOEWENSTEIN, em outro trabalho, verificou em uma análise experimental que tais vieses não são eliminados por incentivos decorrentes de uma estimativa mais acurada ou pelo fornecimento de informações mais abalizadas acerca do caso²⁰⁵.

As chamadas estimativas egocêntricas podem vir da motivação de se sentir bem consigo mesmo ou em decorrência de um resquício decorrente da formação histórica do processo cognitivo humano. Não há qualquer consenso sobre a questão e a matéria ainda se encontra em debate pela ciência.

Não obstante, ROBERT H. MNOOKIN, em outro trabalho de referência sobre o tema, menciona que tal divergência de expectativas poderia se dar em razão da forma pela qual a mente humana processa informação, lida com os riscos e incertezas e faz inferências e julgamentos, mencionando em especial os vieses relativos a aversão à perda (*loss aversion*) e aos efeitos de modulação (*framing effects*)²⁰⁶.

No primeiro caso, a fim de se evitar uma *perda certa*, muitas pessoas irão apostar, mesmo que a *perda esperada* (o valor atuarial, ou seja, a perda em questão multiplicada pela probabilidade de sua ocorrência) seja maior, raciocínio esse que não se repete nas situações em que haveria uma situação de ganho (*i.e.*, as pessoas prefeririam um ganho certo).

No caso dos conflitos de interesse, como ocorre em um litígio, segundo MNOOKIN, é possível que uma ou ambas as partes, impingidas por essa *aversão à perda*, preferiram permanecer em disputa na esperança de que elas possam evitar quaisquer perdas, mesmo que a continuação da disputa envolva uma aposta na qual a perda venha a ser significativamente superior²⁰⁷.

²⁰³ Um apanhado geral do tema, inclusive com consequências normativas, alheias ao cenário do direito em si, pode ser extraído do trabalho de DAVID A. ARMOR e SHELLEY E. TAYLOR, na bibliografia.

²⁰⁴ *Op. cit.*, p. 139.

²⁰⁵ The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis. **Journal of Political Economy**. vol. 97, no. 5, 1989. p. 1246-1247.

²⁰⁶ Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. **The Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 8, n.º 2, 1993. p. 243.

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 244.

Por outro lado, umbilicalmente ligada a esta questão, existem os chamados efeitos de modulação, isto é, quando uma situação é modulada (*framed*) pela mente humana como uma perda ou um ganho, e de que natureza, dependendo dos pontos de referência (pontos esses que, inclusive, podem ser manipuláveis).

Quando ligada à questão da aversão à perda, é possível visualizar que uma situação de acordo em que a parte module como uma “perda” poderá ser negada ainda que as inequações acima indicassem uma possibilidade evidente de uma composição consensual do conflito, ao passo que uma modulação de “ganho” poderá militar em sentido contrário.

Dessa forma, o otimismo, sob a ótica da modulação da decisão pela mente humana, poderá interferir diretamente sobre as possibilidades ou não de composição consensual do litígio.

Todavia, como dissemos acima, apesar dos aportes importantes da economia comportamental – de tamanha importância que sua pontuação se mostrou essencial neste tópico – este trabalho continuará a adoção da escolha racional nos moldes tradicionais²⁰⁸.

Por fim, uma terceira questão referente à dissonância de expectativas em um conflito de interesses à luz do Direito é exatamente a *instabilidade jurídica*.

Como é cediço e já há muito é falado pela doutrina, a segurança jurídica é um valor do Direito.

De fato, no mundo fenomênico, especialmente na antiguidade, em que o homem se encontrava em total situação de submissão às forças da natureza, a existência de um âmbito de segurança diante do mundo natural, em que as relações de causa e efeito eram muito menos compreendidas do que hoje, a presença do Direito deve ter sido um apanágio para aquelas civilizações iniciais, pois, se da natureza estavam ao alvedrio de deuses e demônios, ao menos as relações animadas pelo Direito lhes poderia dotar de alguma previsibilidade.

Um dos atributos de maior importância para um sistema de direito positivo, como já verificado em diversos momentos pela literatura especializada, em especial no princípio da

²⁰⁸ Por exemplo, na situação em referência, a teoria da escolha racional traz para a modulação da decisão de litigar essa diferença de visões sob a ótica de “ganhos” ou “perdas” exclusivamente como uma questão de preferências, que se aloca perfeitamente à teoria. Explica-se. O termo *J* das inequações, representando os ganhos do litígio para o autor e as perdas para o réu não são estritamente financeiros, como já reiteradamente dito alhures. São também de cunho reputacional, emocional e de uma infinidade de outras preferências passíveis de eleição pelos indivíduos. Verificada que determinada decisão é modulada pela mente dos indivíduos de maneira sistemática como uma “perda”, por exemplo, para a teoria tradicional, basta admitir esse aporte empírico da economia comportamental para se agregar que há no caso concreto para determinada parte um revés maior do que a sorte da outra e assim, de igual modo, se valer das modulações já elaboradas. É assim que este trabalho fará.

década de 90 do século passado, é exatamente a previsibilidade das “regras do jogo”, retratada para a linguagem do cientista do direito como o *princípio da segurança jurídica*, que nada mais é, para os limites desse trabalho, do que a presença de um arcabouço informacional prévio capaz de nivelar as expectativas dos atores sociais.

Como afirmam SHERWOOD, SHEPHERD e SOUZA, um modelo que possibilite um efetivo sistema de decisão judicial é requisito para que se crie e se sustente um mercado aberto – com a geração de bem-estar daí advinda – sendo que, para isso, dentre outros fatores, é necessário que o resultado das disputas sejam razoavelmente previsível.

Como asseveram os autores, “[...] decisões irracionais ou decisões influenciadas por considerações não judiciais devem ser evitadas. Se decisões totalmente decorrentes de caprichos são proferidas, isso até provê uma previsibilidade de algum modo, mas o planejamento e a análise de risco sofrerão”²⁰⁹.

Calcado em razões similares e especialmente no pensamento do agraciado pelo prêmio Nobel de 1986, JAMES M. BUCHANAN JR.²¹⁰, LANDES e POSNER elaboraram uma análise acerca do papel do precedente enquanto estabilizador do ordenamento jurídico.

A percepção dos autores foi a de que o corpo de precedentes legais criado pelo total de decisões judiciais em um dado período seria um *capital jurídico* capaz de gerar um fluxo de serviços de informação que deprecia com o tempo enquanto novas condições aparecem que não eram passíveis de serem previstas pelos desenhistas dos precedentes. Assim, um novo capital “substituto” é assim criado através do investimento na produção de novos precedentes²¹¹.

Quem melhor trouxe esses fundamentos para a realidade sistema de direito positivo brasileiro foi GICO JR.²¹², que em linhas gerais afirmou que, basicamente, o capital jurídico

²⁰⁹ Judicial systems and economic performance. **The Quarterly Review of Economics and Finance**. Vol. 34, Special Issue, 1994. p. 103-104.

²¹⁰ BUCHANAN considerou que o Direito, inclusive (e talvez especialmente, dada sua origem em país da *common law*) aquele proveniente de decisões judiciais, era um bem coletivo que se utilizava ao longo do tempo, de maneira que as pessoas pudessem assumir posições e comportamentos sociais cientes dos seus resultados e, em especial, de que teriam a proteção (*enforcement*) do Estado em caso de violações por terceiros. Nesse cenário, ainda que violações ocorram, essas ofensas são reconhecidas como tal, até mesmo por seus perpetradores, que são alvos de punição. As incertezas existentes, em especial com relação às decisões coletivas ou governamentais sobre bens de natureza pública são consistentes com o cenário pois as regras para a tomada de decisões pela comunidade são em si mesmas claras e dentro do espectro que elas são autorizadas a operar (**The Collected Works of James M. Buchanan: The Limits of Liberty**. Vol. 7. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. p. 113).

²¹¹ Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. **The Journal of Law & Economics**. Vol. 19, No. 2, 1976. p. 250-251.

²¹² O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. **Revista Direito GV**. São Paulo. Vol. 9(2), 2013.

brasileiro é formado pelas regras positivadas pelo legislador (acrescentar-se-ia, hoje, os precedentes vinculantes, uma vez que à época de sua escrita o CPC/2015 ainda não havia sido promulgado).

Diante de um conflito, quando as partes são incapazes de chegar a um consenso, as cortes judiciais são buscadas e, diante do conjunto de regras positivadas, para aquele caso concreto, o Poder Judiciário cria uma nova regra para o sistema, que estabelece o Direito nos contornos daquele específico caso.

Mesmo em um sistema prioritariamente legalista (*civil law*), como já afirmavam VINCY FON e FRANCESCO PARISI, o conjunto de julgados proferidos pelos tribunais possui sim uma evidente capacidade de influenciar – e às vezes até determinar, ainda que sob uma ótica probabilística – a tomada de decisões judiciais futuras, compondo assim o capital jurídico não só os precedentes vinculantes para os fins do art. 927 do CPC/2015, mas a totalidade de decisões proferidas pelo Poder Judiciário, seja no escopo de reforçar o precedente anterior (*i.e.*, majorar o capital jurídico) ou de alterá-lo (*i.e.*, substituir o capital jurídico)²¹³.

De toda sorte, o capital jurídico de uma sociedade, como afirma GICO JR., é definido como o conjunto de regras jurídicas (este trabalho diria serem efetivamente normas jurídicas, e não meros enunciados prescritivos) que o Judiciário aplica em um dado momento; essa aplicação reconhecida gera a previsibilidade (*segurança jurídica*) que possibilita a tomada de decisões com a ciência, *ex ante*, de seus resultados por parte dos indivíduos²¹⁴.

Esse capital é “consumido” ao longo do tempo, pois, com os avanços sociais e as alterações de pautas axiológicas e das próprias relações interpessoais, a experiência acumulada já não responde às novas questões formuladas pelos indivíduos, de maneira que o capital jurídico também precisa ser renovado ao longo do tempo.

Assim, tem-se o seguinte cenário.

Inicialmente ($t=0$), tem-se um dado capital jurídico para aquela sociedade (C_0), suficiente para a solução dos problemas cotidianos e razoavelmente previsível para os cidadãos.

Posteriormente ($t=1$), uma nova situação surge, em decorrência das transformações sociais, gerando imprevisibilidade legal e, via de consequência, a redução do capital jurídico ($C_t < C_0$).

²¹³ Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. **International Review of Law and Economics**. Vol. 26, 2006.

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 448.

Com tal imprevisibilidade, multiplicam-se os conflitos e também as ações judiciais destinadas à sua solução ($t=2$), gerando uma proliferação de decisões que inicialmente reduzem ainda mais o capital jurídico ($C_{t+1} < C_t < C_0$).

Contudo, tal situação não perdura e com a uniformização da jurisprudência, após a incerteza inicial, o sistema novamente se estabiliza e encontra um equilíbrio ($t=3$), com a previsibilidade das consequências para essa nova situação, retornando o capital jurídico a patamar igual ou superior ao momento anterior ($C_{t+3} \geq C_0$).

Futuramente ($t=n$), um novo choque acontecerá, com nova mudança ocorrida no tecido social e novamente o capital será reduzido, e todas as etapas se repetirão, no que GICO JR. chama de “ciclo da litigância”²¹⁵.

Pois bem, a *instabilidade jurídica* é um fenômeno assim visto pela literatura especializada como natural e usual, necessário inclusive para o desenvolvimento social e para que a formação e investimento permanente no capital jurídico ocorra, sendo que, durante estes momentos, a dissociação de expectativas entre as partes em conflitos é esperada e os acordos obstados como já se viu acima.

É evidente que o problema ocorre quando, pelas mais diferentes razões, a redução do capital jurídico ocorre não porque um evento social fez surgir uma situação não prevista no capital jurídico inicial, mas porque o Poder Judiciário simplesmente *deixa de investir na manutenção do capital jurídico*.

Isso ocorre quando, mesmo à míngua de alterações substanciais na sociedade, não há a reprodução de normas jurídicas presentes no capital jurídico pelos juízes *a posteriori*. No caso em questão, o ciclo de litigância não se estabiliza, pois a qualquer dado momento a situação se parece com aquela ocorrida em t_2 , ou seja, insegurança e imprevisibilidade do direito aplicável gerando novas demandas judiciais que, por sua vez, pela ausência de investimento no capital jurídico, apenas retroalimentam o celeuma.

Essa situação, dramática, por certo, amplia sensivelmente o ciclo de litigância, pois, à míngua de capital jurídico, os custos para a formação de um acordo (extrajudicial ou até judicial) são majorados, tendo as partes dificuldades de estimar o valor esperado de um conflito

²¹⁵ **The Tragedy of the Judiciary**. Trabalho apresentado no Summer Institute in Law and Economics da University of Chicago Law School, Chicago, 2018. p. 8-9.

(na forma das equações “5” e “9”), gerando a assimetria de expectativas que, apesar de natural em um ciclo de litigância, acaba gerando um “círculo vicioso” de litígios e incertezas²¹⁶.

As palavras de NICOLA GENNAIOLI e ANDREI SHLEIFER são duras, porém bastante precisas ao comentarem sobre esta questão:

“Quando os juízes superam (*overrules*) os precedentes, não apenas o Direito falha em ser eficiente, como ele pode não convergir em absoluto, ao passo que os precedentes legais flutuam entre extremos. Esse resultado é especialmente esperado quando as preferências judiciais são polarizadas; nesse caso, os juízes são mais propensos a não concordar com o precedente corrente, e por isso mais propensos a mudar o Direito. A superação (*overruling*) apenas gera a eficiência quando juízes orientados à eficiência são mais ativistas que os juízes enviesados (*biased*), e desde que as preferências não sejam muito polarizadas. A volatilidade legal tem implicações relevantes para as áreas do direito com significativa discordância judicial como já medido, por exemplo, por sua sensibilidade política. E é precisamente nestas áreas do Direito, em oposição às mais apolíticas, que a superação aumenta a volatilidade das regras do Direito levando à perdas de eficiência” (*Overruling and the instability of law*. **Journal of Comparative Economics**. Vol. 35, 2007. p. 311. Tradução livre).

As razões que levam à matriz do problema – a falta de investimento em um capital jurídico pelo Poder Judiciário – são objeto de inúmeros estudos e escapam ao propósito deste trabalho.

Contudo, é preciso reconhecer, em especial diante da última pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que apresentara o espantoso resultado de que, em média, 52% dos integrantes do Poder Judiciário do Brasil concordam com a afirmativa de que “O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de

²¹⁶ É bem verdade, porém, que tampouco a litigância pode ser encarada como um mal em si e a autocomposição como um verdadeiro “almoço grátis”; inexistente, na verdade, como já afirmava MILTON FRIEDMAN. Realmente a utilização de meios alternativos de solução dos conflitos legais possui a vantagem de poupar preciosos custos sociais. Contudo, como noticiado por GIUSEPPE DARI-MATTIACCI e BRUNO DEFFAINS, o aumento do número de autocomposições não pode ser considerada como inequivocamente desejável, pois tal majoração reduz, por outro lado, a produção de dados informações quanto ao Direito vigente, efeito direto da litigância. Essa informação, como já dizia POSNER (1973, p. 442), é uma *externalidade positiva* do litígio, de maneira que permite a terceiros não envolvidos no litígio a prever seu comportamento futuro acaso se vejam diante do mesmo problema (*Uncertainty of Law and the Legal Process*. Disponível em: <https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/05-39.pdf>. Acesso em 3 de março de 2019). Contudo, muito embora este trabalho não tenha base empíricas para tal assertiva, é de se imaginar, ainda que por hipótese a ser demonstrada em dissertações futuras, que o Brasil ainda pode majorar sensivelmente seu índice de acordos – judiciais ou não – sem que o custo de oportunidade pela troca (*tradeoff*) seja grande demais, a ponto de tornar ineficiente tal medida.

súmulas e precedentes vinculantes”²¹⁷, a necessidade de se estudar o papel do Poder Judiciário na proliferação de litígios e demandas²¹⁸.

4.2.3. A alocação dos custos de litígio e as diferenças entre as regras americana e britânica.

Outro tópico de significativa importância e que também já mereceu olhares atentos da literatura especializada é a questão da alocação dos custos do litígio, isto é, quem arcará com as despesas de cada uma das partes do litígio.

Conforme noticia MICELI, sob a égide da regra americana, as duas partes pagam suas próprias despesas com o litígio e, sob a influência da regra inglesa, o perdedor paga não só o seu próprio custo com o litígio mas também arca com as despesas da parte vencedora²¹⁹.

Até o momento, todas as equações foram formuladas considerando-se, “dolosa-mente” por assim dizer, a regra americana, em que pese, como é facilmente perceptível à luz do art. 82, §2º do CPC²²⁰, a *regra* do direito brasileiro (evidentemente, com exceções, inclusive sistêmicas, como se verá mais adiante) é, em linhas gerais, a inglesa.

A decisão de litigar sobre a regra americana já foi devidamente explicitada acima e tudo o que foi dito anteriormente se adequa especificamente para ela.

Sob a vigência da regra inglesa, o risco da litigância é majorado, gerando implicações relevantes na decisão das partes.

²¹⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Quem somos. A Magistratura que queremos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019. p. 109.

²¹⁸ Impende destacar, por outro lado, o fato bem menos noticiado de que a esmagadora maioria dos magistrados – em todos os tribunais questionados, com a ressalva dos inativos – ao responder à consulta afirmaram, todavia, que “concordam muito” com a proposição de que “O sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário”, gerando uma dubiedade de resultados que motiva estudos futuros acerca do tema. Uma vez mais, a proposta desta dissertação não é a de averiguar o incentivo dos precedentes ou medir a estabilidade judiciária como fator da decisão de litígio das partes (em que pese, evidentemente, a importância e o interesse do tópico para a sociedade). O tema fora suscitado exclusivamente porque a divergência de expectativas compõe necessariamente o modelo deste estudo acerca da litigância nos juizados especiais e, por isso, não havia possibilidade desta dissertação fazer “vistas grossas” a essa questão.

²¹⁹ **Economics of the Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 166.

²²⁰ **Art. 82. Omissis**.

[...]

§2º. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

Consoante afirma SPIER, há notáveis alterações nas decisões de litigar, no grau de despesas que serão realizadas no decorrer do litígio e mais ainda, na decisão de ingressar com a ação ou fazer um acordo quando o otimismo ou a assimetria de informações entra em jogo²²¹.

Este trabalho fará comentários acerca da primeira e da terceira questão uma vez que, dada a natureza de seu objeto final de análise (as ações em trâmite nos juizados especiais cíveis), não se vê – ao menos *a priori* – como relevantes os gastos no decorrer dos processos, seja em razão da matéria e da sua limitação probatória no campo deste estudo.

A primeira análise desse gênero fora realizada por SHAVELL, ao demonstrar que a regra inglesa aumenta o custo esperado no ingresso de ações de baixa probabilidade de êxito em relação à regra americana, pois, quando a probabilidade de vitória é baixa, existe uma correlata alta probabilidade de que o autor da demanda tenha que pagar suas próprias despesas e ainda o custo do seu *ex adverso*²²².

Analisando a decisão de litigar, nas palavras do autor, sob a regra americana, apenas existirá litígio se o valor esperado do litígio para o autor exceder o valor estimado pelo requerido ao menos pela *soma dos custos do litígio* de ambos (vide inequação “6”, acima).

Por outro lado, sob a regra inglesa, existirá litígio se o valor esperado do litígio para o autor supere o valor estimado pelo réu ao menos pela *soma dos custos esperados do litígio* de ambos.

Ou seja, a diferença essencial entre ambas as regras, para a decisão de ingressar ou não com o litígio é a de que “[...] aqui a condição determinante se existirá o litígio envolve a soma dos custos *esperados* do litígio de autor e réu. A razão para essa diferença é claramente que o que motivará o acordo será o que as partes *esperam* que será poupado em custos legais” (*Op. cit.*, p. 64-65. Tradução livre).

Transformando-se a inequação (4)²²³ para refletir essa alteração, ter-se-ia uma nova inequação, refletindo a decisão, sob a regra inglesa, de alocação dos custos do litígio:

$$JP_a > (1 - P_a) \cdot 2C_l \quad (10)$$

²²¹ *Op. cit.*, p. 300-301.

²²² Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs. **Journal of Legal Studies**. Vol. 11, n.º 1, 1982.

²²³ Lembrando-se que a inequação (4) é exatamente aquela que prevê a possibilidade de ingresso com a ação pelo autor.

Isso significa que, sob a regra inglesa, a ação somente será movida se seu *valor esperado* for superior ao valor esperado dos custos de ambas as partes que, no caso da inequação acima – o que este trabalho vem assumindo desde o início, mas apenas por simplicidade – são rigorosamente iguais (C_l).

Por essa razão, já é possível ver, ao menos por uma análise teórica inicial, que a regra inglesa é capaz de diminuir o número de ações propostas quando a parte já assume uma baixa probabilidade de seu êxito mas, por outro lado, aumentará o número de ações em que a parte assume uma alta probabilidade seu êxito (pois teriam diminuídos os custos do litígio).

Com relação à possibilidade de acordo entre as partes, modifica-se a inequação (5) para incluir a questão do valor esperado das custas de ambas as partes, de maneira que obtemos a seguinte análise em linguagem formalizada:

$$[(P_r \cdot 2C_l) + (J \cdot P_r)] - C_a > \{[J \cdot P_a] - [(1 - P_a) \cdot 2C_l]\} + C_a \quad (11)$$

Um exemplo esclarecerá sobremaneira o raciocínio.

Suponha-se que duas partes, Cebolinha e Mônica, estejam em conflito acerca dos direitos de propriedade decorrentes de um prêmio angariado em uma promoção realizada pela sociedade Balas Bilula Ltda.

Cebolinha e Mônica, simetricamente, sabem que, provido o pedido de Cebolinha, esse receberá a quantia de \$100 e aquela, pagará igual quantia. Por outro lado, Cebolinha tem a opinião de que ganhará com 80% de chance, ao passo que Mônica acredita que somente perderá com 20% de probabilidade (ambos estão otimistas). Os custos do litígio serão de \$10 para cada parte e os custos do acordo são negligenciáveis²²⁴. Ambos são neutros ao risco.

Primeira questão: Cebolinha entrará com a ação?

A resposta é sim; em ambas regras (americana e inglesa).

²²⁴ Uma vez mais, assim como os exemplos anteriores, evidentemente tais números, percentuais e estimativas são puramente hipotéticos e visam apenas esclarecer o raciocínio do leitor e não refletir, de qualquer modo, situações reais. Para a exposição dos resultados da pesquisa empírica, vide o próximo Capítulo.

Sob a regra americana a condição de propositura ($JP_a > C_l$), aplicada ao caso concreto, encontra um resultado de $80 > 10$. Por outro lado, sob a regra inglesa, a condição de propositura ($JP_a > (1 - P_a) \cdot 2C_l$) encontra um resultado de $80 > 4$ ²²⁵.

Ou seja, a ação seria proposta nestas bases tanto na regra americana quanto, e ainda com maior razão (dado o *quantum* de disparidade entre os dois valores), sob a regra inglesa.

Por outro lado, se tal exemplo estabelecesse que Cebolinha estivesse um pouco mais pessimista quanto a seu resultado (v.g., se estimasse uma chance de ganho de apenas 11% por exemplo), ainda assim seria racional para que ele ingressasse com a ação sob a regra americana (pois $JP_a = 11$ ao passo que $C_l = 10$, satisfazendo a condição de propositura de que $JP_a > C_l$), mas nunca que tal ação seria proposta sob a regra inglesa (pois apesar de JP_a permanecer igual a 11, $(1 - P_a) \cdot 2C_l$ seria igual a 17,8, não satisfazendo a condição)²²⁶.

Ou seja, a regra inglesa *reforça* o pessimismo e o otimismo das partes, garantindo que mais ações sejam propostas quando a parte autora acredita em seu resultado positivo e, por outro lado, assegurando que menos ações de baixa probabilidade de êxito já estabelecidas *a priori* sejam protocoladas.

A segunda questão: Cebolinha e Mônica poderão fazer um acordo?

A resposta é não; em ambas regras (americana e inglesa).

Sob a regra americana de composição consensual (vide inequação “5”), tem-se que o acordo já seria impossível, pois o valor máximo de oferta de Mônica (\$30) é menor, e não maior – como determina a condição de acordo – do que o valor mínimo de oferta de Cebolinha (\$70)²²⁷.

²²⁵ Na primeira situação, 100 vezes 0,8, que é igual a 80 é maior que 10, o valor das custas de Cebolinha. Na segunda situação, tem-se que igualmente 80 é maior que 4, representado pela operação de 0,2 (1 menos 0,8, que é a probabilidade de Cebolinha ganhar a ação, segundo sua visão e, portanto, não pagar custo algum do litígio) vezes 20 (duas vezes o custo do litígio, pois aqui ele pagaria também os custos de Mônica).

²²⁶ Na verdade, a estimativa de vitória Cebolinha, nesse exemplo, para que, sob a regra inglesa, a regra da condição de propositura seja satisfeita, deve ser maior que 16%, cinco pontos percentuais a mais sob a regra americana; isso se, na situação de indiferença entre propor ou não a demanda (i.e., em que $JP_a = (1 - P_a) \cdot 2C_l$) sua opção seja a de não propor a ação.

²²⁷ Apenas para nivelar a matemática, lembrando-se da inequação em questão, pela qual a condição do acordo é $[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a$, Mônica encontraria $10 + (100 \times 0,2) - 0$, ou seja, 30. Cebolinha, ao revés, encontraria $(100 \times 0,8) - 10 - 0$, ou seja, 70. Uma vez que 30 não é maior que 70, não há um excedente esperado no caso vertente.

Sob a regra inglesa de composição consensual (vide inequação “10”), vê-se que um acordo é ainda menos esperado no caso, pois o valor máximo de oferta de Mônica (\$24) é ainda menor, e não maior, do que valor mínimo de oferta de Cebolinha (\$76)²²⁸.

Há aqui claramente que o grau de otimismo das partes influencia significativamente em razão do fato de que elas internalizam essa percepção nos custos do litígio.

O que ocorre é que a noção já inicial, por autor e réu otimistas, de que muito embora eles tenham que antecipar os custos do litígio, tais despesas ao final não serão por ele suportadas (já que ambos acreditam verdadeiramente que prevalecerão ao final da ação), apenas majora o problema do otimismo mútuo na análise da solução consensual dos conflitos, aumentando o pedido mínimo do autor e diminuindo a oferta máxima do réu, tornando menor o excedente de acordo ou, quiçá, transformando-o em negativo, como ocorreu no fatídico exemplo da premiação das balas bilula, acima.

Por outro lado, se uma (ou ambas) as partes forem pessimistas – situação em que, para cada centavo gasto no litígio representaria, ao final, aquele centavos mais uma diferença entre a estimativa das partes acerca da probabilidade de que o autor sairá vencedor da ação – haverá um excedente de acordo ainda maior, de maneira que é possível dizer que a regra inglesa reforça a tendência de partes pessimistas de autocompor a lide e não litigar.

Resumindo, como afirmam SNYDER e HUGHES, uma demanda com apenas um excedente marginal de acordo pode se tornar em um litígio certo ou ainda, que a regra inglesa reduz o excedente de acordo para litigantes otimistas, majorando a probabilidade de litígio, o que eles convencionaram chamar de “efeito otimismo” da regra inglesa²²⁹.

²²⁸ Lembrando-se da inequação em questão, pela qual a condição do acordo é $[(P_r \cdot 2C_l) + (J \cdot P_r)] - C_a > \{[J \cdot P_a] - [(1 - P_a) \cdot 2C_l]\} + C_a$, Mônica encontraria $(0,2 \times 20) + (100 \times 0,2) + 0$, ou seja, 24. Cebolinha, ao revés, encontraria $(0,8 \times 100) - [(1 - 0,8) \times 20] + 0$, ou seja, 76. Uma vez que 24 não é maior que 76, ao contrário, a diferença numérica é ainda mais sensível, não há um excedente esperado no caso vertente.

²²⁹ The English rule for allocating legal costs: evidence confronts theory. **Journal of Law, Economics and Organization**. Vol. 6, 1990. p. 354. Importante destacar que no referido trabalho os autores também estatisticamente determinaram haver uma aumento com significância estatística no número de ações que foram abandonadas por seus proponentes no sistema inglês. Porém, após correção de fatores não randômicos na seleção de ações, isolando assim os efeitos da regra inglesa sobre o comportamento de requerentes, verifica-se que houve um aumento no número de ações (e consequentemente, no percentual de acordos), o que é compatível com o “efeito otimismo” da regra inglesa encontrado pela análise teórica. Todavia, mesmo diante de tal pesquisa, a restrição dos dados encontrados e as dificuldades inerentes em sua depuração tornam tal trabalho, apesar de extremamente relevante, ainda passível de refutação. Nesta dissertação, como se verá mais adiante, o autor se deparou com a mesma dificuldade.

4.2.4. As diferenças entre os incentivos privados e os incentivos sociais para litigância e o problema da litigância frívola.

Seguindo as diretrizes do presente trabalho, o próximo tópico que merece um olhar de maior atenção para seus objetivos é o problema relativo às diferenças entre os incentivos de cunho privado e os incentivos sociais para a litigância, questão que será analisada conjuntamente ao tema da litigância frívola, ainda, é bom repetir uma vez mais, sob a ótica exclusivamente teórica.

O primeiro artigo a verificar efetivamente a existência de uma divergência de incentivos privados e sociais para o litígio foi de SHAVELL, nos idos de 1982²³⁰.

O raciocínio de SHAVELL era simples, porém, brutalmente preciso.

Os custos assumidos pelo o autor da ação propô-la incluem apenas os seus custos pessoais, que podem ser de natureza econômica, financeira, emocional, pessoal ou de qualquer outra índole, mas que se unem em um denominador comum: são exclusivamente de seus, são de sua particularidade.

Por outro lado, os *custos sociais* envolvem, além dos custos assumidos pelo autor da ação, evidentemente, também os custos assumidos pelo próprio requerido em se defender da ação contra ele proposta, e ainda, é claro, dos custos envolvendo a Administração do sistema de justiça que serão utilizados pelo requerente e requerido em seu conflito de interesses.

Ou seja, em qualquer circunstância, os custos privados do requerente (*i.e.*, aqueles em que apenas ele incorre) são menores – em qualquer grau e em qualquer circunstância – do que os custos incorridos pela sociedade como um todo para a solução do seu litígio.

Por outro lado, e os benefícios? *Cui bono?*

Os benefícios incluem, já no modelo de SHAVELL, tanto quaisquer utilidades (econômicas ou não) recebidas pelo autor da ação como também o benefício social inerente ao processo, na forma de uma “externalidade”, *i.e.*, seu efeito sobre o comportamento de outras pessoas que se vejam em situação semelhante à daquele litígio.

²³⁰ The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 11, n.º 2, 1982.

O que SHAVELL demonstra, entretanto, é que não há conexão propriamente dita dos benefícios privados com os benefícios sociais, ou seja, é possível que os primeiros sejam superiores aos últimos ou vice-versa.

Por exemplo, por efeitos de uma só ação, na qual o requerente recebera um valor de \$100, a alteração do comportamento futuro do requerido poderá poupar à sociedade um montante muito superior a isso, por reduzir os danos à sociedade causados em sua decorrência (é fácil visualizar exemplos a esse respeito em matéria ambiental), tornando os benefícios sociais às vezes significativamente superiores do que os benefícios privados.

O oposto também é verdadeiro.

É possível ainda que o requerido não possa alterar seu comportamento a um custo que seja compatível com o prejuízo *esperado* de futuras ações que contra ele poderiam ser propostas, de modo que o litígio primeiro não possui nenhum efeito em seu comportamento (e assim, na sociedade).

Outra situação que se pode também imaginar que é a informação decorrente de um litígio em particular não possua, de *per se*, a possibilidade de gerar um precedente (seja persuasivo ou vinculante²³¹) e muito pouco some ao capital jurídico até então existente.

Sob a ótica exclusivamente social, portanto, haverá casos em que o litígio seja socialmente desejado e casos em que ocorra o contrário, ou seja, que a sociedade estaria “melhor” sem ele.

SHAVELL apresenta que o litígio será desejado quando, evidentemente, seus benefícios sociais (ganhos ao requerente e redução de futuras perdas em decorrência do comportamento alterado do requerido e terceiros) seja superior ao prejuízo do requerido com o litígio (evidentemente, enquanto parte da sociedade, suas despesas interessam ao bem-estar da totalidade) e aos danos futuros que seriam estimados acaso seu comportamento não se alterasse²³².

²³¹ ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 348-352.

²³² O modelo apresentado por SHAVELL em 1982 tomou uma posição consciente de ignorar os custos decorrentes da máquina sistêmica do Poder Judiciário, em que pese a todo tempo ter pontuado que poderiam ser facilmente agregados à análise. Posteriormente, em 1999, em outro artigo sobre a mesma temática (*The Level of Litigation: Private versus Social Optimality of suit and Settlement*. **International Review of Law and Economics**. Vol. 19, 1999), o autor levou tais custos em consideração, chegando a afirmar, na oportunidade, que nos EUA, muito embora algo em torno de 90% dos casos não chegue a julgamento, os custos de litígio podem se igualar (ou até mesmo ultrapassar) o valor que dos pedidos deferidos, em média. Dada a natureza deste trabalho, ao se aglutinar tudo quanto revisado nos quadros alternativos, se levará em consideração tais custos. Simplesmente os custos ao sistema são essenciais à análise desta dissertação.

Por outro lado, quando por qualquer razão o litígio for incapaz de mitigar os custos eventuais e futuros, a sociedade estaria em melhor situação se ele jamais tivesse sido transformado em processo.

Dentro deste panorama, fica claro que alguns fatores permitirão que um número de litígios maior chegará ao Poder Judiciário, ainda que não sejam socialmente úteis, quando, v.g., os custos forem baixos para o autor, os custos forem altos para o requerido, altas condenações em prol do requerente, baixos índices de possibilidade de alteração de comportamento que motivou a condenação, baixa pulverização da informação decorrente do julgado e baixa possibilidade de formação de precedente.

Noutro giro, haverá um número de litígios inferior ao que seria socialmente útil nos casos em que os custos forem altos para o autor mas baixos para o réu, em que as condenações a serem recebidas pelo requerente forem baixas, mas a possibilidade de alteração de comportamento for alta e o julgado tiver grande difusão informacional e ainda poder ser capaz de gerar precedente formalmente vinculante²³³.

Em que pese o trabalho de SHAVELL não ser isento de críticas²³⁴, a grande observação que se retira de sua análise para este trabalho, como por ele próprio afirmado em outro

²³³ É difícil não identificar, logo de saída, as condições que os posicionamentos jurisprudenciais e as alterações do legislador criaram no sistema de direito brasileiro nos últimos anos e relacionar com os requisitos pontualmente indicados aqui. No primeiro caso, gerando um possível excesso de litigância “socialmente inútil”, se vê um acesso ao Poder Judiciário em que os custos do protocolo da petição inicial em si são bastante baixos se relacionado ao custo do processo em si para a sociedade; isso quando a parte, como muitas vezes ocorre, não é assistida pela justiça gratuita e praticamente leva seus custos a zero. Por outro lado, tem-se, com um grande número de profissionais da advocacia em atividade, que o custo, na maioria dos casos, desses profissionais, também é bastante pequeno e usualmente recolhido na cláusula de êxito (*contingency fee*), de modo que a decisão de se socorrer do Poder Judiciário ou buscar meios alternativos de solução de conflitos acaba por tornar menos *custoso* (no sentido de esforço pessoal, além do aspecto financeiro) para o requerente buscar diretamente o protocolo dos Fóruns a se empenhar na solução extrajudicial pelos meios existentes. Por outro lado, tanto as alterações legislativas quanto os posicionamentos jurisprudenciais a todo tempo dificultam o acesso dos particulares à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, seja exigindo requisitos para o ajuizamento de ações por associações ou criando posicionamentos que geram insegurança jurídica na sociedade (*cf.* pertinência temática, exigência de aprovação assemblear e etc.) ou ainda criando “super instituições”, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, que na teoria solucionariam a questão mas que na prática se veem mal equipadas e aparelhadas para os inúmeros problemas a seu cargo. Em suma, decisões que fatalmente, pelo modelo proposto, de significativa intuição prática, aumentam o número de litígios “inúteis” e diminuem aqueles que realmente seriam importantes à sociedade como um todo.

²³⁴ PETER S. MENELL apresenta uma crítica ao trabalho de SHAVELL ao verificar que seria possível ao requerido modular os danos causados a cada possível vítima individualmente considerada em um montante que fosse inferior os seus custos de litígio, alegando que haveria um resultado eficiente produzido apenas pela decisão do possível requerido acerca de quanto de dano causar (A note on private versus social incentives to sue in a costly legal system. **Journal of Legal Studies**. Vol. 12, 1983). Todavia, em que pese tal observação, como bem afirmado em outro artigo por LOUIS KAPLOW, a análise de SHAVELL acerca da divergência entre os custos privados e sociais deve ser entendida como um questionamento à eficiência das regras legais relativas à totalidade do sistema legal (regras de responsabilidade civil e contratual e também procedimentais, inclusive com a possibilidade de se eliminar totalmente o acesso a uma ou outra se for o caso) e não exclusivamente a um ou outro caso (Private versus social costs in bringing suit. **Journal of Legal Studies**. Vol. 15, n.º 2, 1986).

artigo tratando do mesmo tema é a de que a intervenção social pode ser sim justificável a depender do caso, a fim de se assegurar um acréscimo no bem-estar social, corrigindo situações em que haja excesso ou falta de litígios.

Nas palavras do autor:

“A consequência geral da possibilidade de uma divergência entre os incentivos privados e sociais para o uso do sistema legal é que a intervenção social pode ser justificada. Onde incentivos privados para usar o sistema legal sejam excessivos, restrições em seu uso podem ser desejáveis. Essas restrições podem ser interpretadas extensivamente para incluir todas formas de políticas que desencorajem o litígio (incluindo sua simples proibição em algumas áreas), políticas que promovam o acordo e políticas que reduzam os gastos que as partes possam realizar no decorrer do processo (como regras procedimentais limitando a produção de provas, o tempo para elaborar moções, ou o número de peritos). Por outro lado, onde os incentivos privados para o uso do sistema legal sejam inadequados, o encorajamento da litigância pode ser benéfica, e políticas para afetar esse cenário podem ser amplamente vistas. [...] contudo, nossa habilidade de controlar inteligentemente a quantidade de litigância será às vezes atrapalhada por nosso conhecimento imperfeito de seus efeitos” (The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**. Vol. 26, 1997. p. 579. Tradução livre).

Paralelamente a isso, tem-se a problemática a pulverização de litígios ou ações “frívolas”.

No Brasil, ainda que o assunto não seja objeto de extensa análise por parte da literatura especializada, que não é capaz de formalmente definir um litígio frívolo ou ainda de se prestar a uma análise, ainda que teórica, detalhada acerca da matéria (em que pese a explosão da litigância ser sim um fenômeno extensamente observado), ainda assim há autores que tratam do tema.

Nesse sentido, por exemplo, tem-se a pesquisa de JÚLIO CÉSAR MARCELLINO JR., em que o autor sustenta a existência de uma categoria chamada de “acesso inautêntico” à justiça, que possui como uma das espécies exatamente o litígio frívolo, cuja principal característica é a de possuir um objeto inconsistente, sem possibilidade de trazer proveito para a parte autora²³⁵.

A esse respeito, L. A. BECKER ainda sustenta que, no agregado de decisões tomadas por um sem número de indivíduos, mesmo os freios morais e as sanções aplicadas por litigância de má-fé – cuja recalcitrância do Poder Judiciário em aplicá-las merece uma pesquisa total-

²³⁵ MARCELLINO JR., Júlio César. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A Tragédia dos Custos e a Questão do Acesso Inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 173.

mente autônoma a esta – seriam insuficientes remédios ao problema, uma vez que a racionalidade, na lógica de maximização de utilidade, acaba por nortear a postura dos litigantes em potencial²³⁶.

Conforme sintetiza MIGUEL CARLOS TEIXEIRA PATRÍCIO, a *litigância frívola* pode ser definida como a litigância de baixa probabilidade de êxito pelo autor da ação, o qual, mesmo vislumbrando que o valor *esperado* a ser obtido será inferior aos custos que terá de suportar, ainda assim ingressa com a demanda²³⁷.

Pela própria definição, trazendo à tona a linguagem formalizada estabelecida anteriormente, seria possível dizer que um litígio *frívolo* é aquele em que não há a satisfação da inequação (4)²³⁸ ou, em outras palavras, os custos *privados* do litígio são superiores ao que se estima com o ajuizamento da ação.

São elas as *ações de valor esperado negativo* (AVN).

É bem verdade, como aponta ERIC B. RASMUSEN, que outros podem ser considerados como casos de litigância frívola, ainda que venham a ser AVP (*ações de valor esperado positivo*) ou enfim casos de AVN por pretensos litigantes legítimos²³⁹; porém, tratam-se ou de situações com modulação própria ou francamente exceções sistêmicas, razão pela qual este trabalho sobre elas não se deterá.

O que sempre motivou a curiosidade da doutrina – e é exatamente o que importa de ser dito para os fins desta dissertação – é o porquê de alguém ingressar com uma ação que, já de antemão (abstraídas as situações em que há um AVP frívolo ou então que se busca alterar o ordenamento jurídico para tempos futuros) gerará mais prejuízos para si do que ganhos.

²³⁶ **Qual é o jogo do processo**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2012. p. 72.

²³⁷ **Análise Económica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 61.

²³⁸ $JP_a > C_l$, ou seja, o valor esperado do litígio (pedido vezes probabilidade de êxito) é superior aos custos assumidos com o litígio. É a condição de propositura de uma ação.

²³⁹ No primeiro caso, ocorre uma expectativa de custos que acaba por não se confirmar no decorrer do procedimento, de maneira que a parte, apesar de já ter despendido valores superiores ao *valor esperado* do litígio, tem que tais despesas já são custos afundados (*sunk costs*) em sua decisão, de maneira que, considerando-se *ab initio*, o litígio seria um AVN (em razão dos custos afundados) mas, no momento em que se isso se viu, a decisão racional era a de prosseguir com o litígio. No segundo caso se dão aquelas situações em que o Direito é no momento totalmente desfavorável ao pedido autoral mas o demandante busca, na verdade, é exatamente o de mudar o Direito com o ajuizamento de sua ação, ainda que a probabilidade de seu êxito (dada o momento do ordenamento jurídico de seu pleito) seja baixa. Exemplo recente é o julgamento das ações ADO 26 e MI 4733 pelo Supremo Tribunal Federal buscando a criminalização da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. O ordenamento jurídico vigente à época da propositura da ação era totalmente contrário ao pedido. A busca foi exatamente a de alterar o Direito e não o de se sagrar vitorioso à sua sombra (**Nuisance Suits**. Disponível em: <http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen_98.BOOK.nuisance.pdf>. Acesso em 5 de março de 2019)..

Sob a ótica da análise econômica do direito e, em particular, do direito processual, a primeira mirada sobre os chamados ações ou litígios frívolos veio de I. P. L. P'NG, em 1983²⁴⁰.

Na análise de P'NG, o modelo de litigância previsto na inequação (4) retira a possibilidade de um comportamento estratégico do requerente que, segundo ele, dá azo à propositura de ações frívolas.

Isso porque, em um ambiente em que os custos de propositura, apenas (*i.e.*, as custas, despesas e prejuízos para a parte *exclusivamente* até o protocolo da petição inicial) são baixos, um requerente pode simplesmente dar entrada em uma ação judicial apenas com o propósito de retirar da parte contrária uma oferta de acordo.

Ora, muito embora o requerente saiba que sua probabilidade de êxito é baixa e que, acaso o acordo não vingue, ele provavelmente sairá perdedor da ação, é possível que os custos para que o requerido se defenda em juízo sejam altos o suficiente para que o réu prefira entregar uma proposta de acordo menor do que suas despesas mas, por outro lado, maior do que os seus custos de propositura, tornando assim interessante a propositura da ação.

Assim, acaso o requerente estime que seus custos de propositura (C_p , para os fins desta subseção) sejam menores que seus custos de litígio ($C_p < C_{la}$), e ademais menores também que os custos de apresentar sua primeira defesa em juízo, por parte do requerido ($C_p < C_{lr}$), é possível que o demandado ofereça uma proposta entre C_p e C_{lr} que não só cubra os prejuízos de ingresso como também torne atrativa a propositura de uma AVN²⁴¹.

De fato, a ação aqui figura como uma ameaça, com nenhum interesse de agregar ao capital jurídico, mas apenas o de extrair um acordo.

Posteriormente, BEBCHUK respondeu à questão de que, em se tratando de uma ameaça, como é que o requerente consegue outorgar *credibilidade* a sua coação. Dito de outro modo, respondeu-se ao porquê de o requerido ceder à pressão do autor e não “pagar o blefe”, uma vez que a ação seria uma AVN.

BEBCHUK chegou à conclusão de que isso é possível em um ambiente de assimetria de informações, ou seja, em um cenário em que o requerido não sabe quando a ação é AVN ou AVP²⁴².

²⁴⁰ Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial. **The Bell Journal of Economics**. Vol. 14, n.º 2, 1983.

²⁴¹ Considere-se, nessa toada, que C_{la} são os custos do autor com o litígio e que C_{lr} são os custos do réu com o litígio.

²⁴² Suing solely to extract a settlement offer. **Journal of Legal Studies**. Vol. 17, 1988.

Isso pode ocorrer pelo requerente possuir informações privilegiadas quanto ao grau de danos que lhe foram causados, por exemplo, ou então – o que pode inclusive ser mais comum, especialmente no ambiente brasileiro – causado pela insegurança jurídica decorrente de um investimento insuficiente no capital jurídico²⁴³.

Evidentemente, outras explicações surgiram na literatura especializada²⁴⁴.

Entretanto, o mais importante para os fins deste trabalho é o de verificar que dado um cenário de baixo custo de ingresso para o requerente e na presença de custos para a apresentação da defesa em juízo, é possível sim a credibilidade de uma ação com baixo valor esperado.

Por outro lado, quando se somam os baixos custos privados de ingresso para a parte autora e sua baixa expectativa de êxito – o que já qualificada uma ação como AVN e, por via de consequência (lembrando-se da exclusão hipotética da ação que visa alterar o ordenamento jurídico), como um litígio frívolo – à possibilidade de essa ação também ser socialmente maléfica, os incentivos gerados na modulação da decisão para o litígio e também, os possíveis reflexos dramáticos no sistema judicial de solução de conflitos.

4.2.5. O fator tempo como influenciador da decisão de litigar ou negociar.

Uma última consideração se faz necessária para que, à guisa de conclusão do capítulo, se possa consolidar os principais tópicos em uma modulação singular, a qual, de acordo

²⁴³ Essa foi a hipótese de KATZ, inclusive para afirmar que no agregado de encontros entre autores “genuínos” e “frívolos”, a situação de incerteza quando à natureza de cada um por parte do requerido e a necessidade de maximizar seus ganhos em sucessivas, no equilíbrio, gerará o efeito de que menos acordos serão realizados para com os autores de litígios “genuínos”, com o acréscimo de que, “[...] se houver a entrada livre de ações frívolas, todo o excedente (*socialmente agregado*) dos acordos provenientes de litígios genuínos poderá ser dissipado” com os custos que os litígios frívolos causam no sistema (The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. **International Review of Law and Economics**. Vol. 10, 1990. p. 26).

²⁴⁴ Apenas a título de exemplo, COOTER e RUBINFELD, por exemplo, trouxeram à lume o cenário em que o autor, ciente de uma aversão ao risco do requerido, verifica a possibilidade de uma ameaça crível ao litígio, ainda que a ação seja uma AVN (*Op. cit.*, p. 1073). DAVID ROSENBERG e STEVEN SHAVELL, por outro lado, verificaram que uma AVN seria crível quando o requerente fosse capaz de impor a realização de um acordo porque a colocação do processo era feita praticamente sem custos e o requerido teria que incorrer em custos elevados para evitar uma solução rápida em seu desfavor (A model in which suits are brought for their nuisance value. **International Review of Law and Economics**. Vol. 5, n. 1, 1985). Mais recentemente, WILLIAM H. J. HUBBARD verificou teoricamente que a possibilidade de as partes afundarem custos no decorrer do litígio (custos em estágios) também torna bastante factível o ingresso de uma AVN com credibilidade em face do requerido (Sinking costs to force or deter settlement. **The Journal of Law, Economics and Organization**. Vol. 32, n.º 3, 2015).

com a visão desta dissertação, é uma suficiente fundação teórica para a decisão de litigar à luz do sistema dos juizados especiais.

E essa consideração se refere ao fator tempo.

Os casos judiciais não se resolvem em caráter instantâneo, imediatamente após ou mesmo logo depois da propositura da ação.

Como visto anteriormente, no âmbito dos juizados especiais, apenas, entre a data da propositura da ação (o início do conflito no Poder Judiciário, representado pelo seu protocolo) e a efetivação do direito, *i.e.*, a entrega do bem da vida à parte vencedora, com o final da execução, e não a mera adjudicação do litígio, com a constituição da norma jurídica no plano do dever-ser, um processo demora algo em torno de 4 anos.

Realmente, como bem aponta RUSSELL KOROBKIN, litigantes modulados à luz da teoria da escolha racional presumidamente levam em consideração o valor econômico do tempo em seus cálculos.

Isso significa que, não havendo juros agregados ao valor do julgamento ou ainda, se estes juros forem inferiores ao acréscimo patrimonial que aquele capital, de outra forma, ao longo do tempo poderia gerar às partes (requerente ou requerido), ambas as partes apontarão, para hoje, um valor mínimo e máximo de acordo ainda inferiores ao *esperado* mesmo quando descontado qualquer preferência em relação ao risco menos os custos de transação²⁴⁵.

Ou seja, ao contrário do que ocorre com a aversão ao risco ou os custos de transação, que tornam o preço mínimo do autor menor e o preço máximo maior, *o valor do tempo altera os preços de reserva de ambas as partes para baixo*.

Por certo, precisamente quanto esse valor será reduzido, como assinalado por GERALD R. WILLIAMS, dependerá de uma série de fatores particulares de cada litigante²⁴⁶.

Por outro lado, não é possível se olvidar ao *princípio da preferência temporal*, que incide, independentemente de fatores exógenos (apontados por WILLIAMS como decorrentes do mercado), de maneira peculiar em cada pessoa, como já afirmava Mises, ao dizer que a preferência temporal é um requisito categorial da ação humana, preferindo-se sempre a satisfação

²⁴⁵ Aspirations and Settlement. **Cornell Law Review**. Vol. 88, n.º 1, 2002. p. 8-9.

²⁴⁶ **Legal negotiation and settlement**. Eagan: West Group, 1983. p.127-128.

mais próxima de uma preferência do que – iguais as demais circunstâncias – uma mais remota²⁴⁷.

Evidentemente, tal preferência pode variar conforme o grau de preferência a ser satisfeito (as mais básicas, como a vida, a segurança e a alimentação possivelmente possuem, na maioria dos casos, uma premência maior do que o reconhecimento pessoal, a estética e etc.) e a capacidade de cada pessoa de adiar a satisfação.

Ou seja, o tempo sobre o processo, sob a ótica da dicotomia acordo *versus* litígio, é de influência monótona sobre os preços de reserva, sempre posicionando-os para baixo.

A sensível importância, assim, do tempo sobre o valor do julgamento reside no fato de que ele incide de maneira *significativamente diferente* para cada litigante e mais, é possível de se cogitar que para grupos diferentes de litigantes.

Por exemplo, é provável que, para a maioria dos brasileiros, seja melhor receber no presente R\$1.000,00 do que aguardar 30 anos para receber a fortuna de R\$167.835,42²⁴⁸.

Assim se diz porque a poupança do brasileiro em 2017 é considerada como algo de apenas 14,8% de seu produto interno bruto, ficando abaixo da maioria dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)²⁴⁹, levando a crer em uma preferência temporal sensível se considerada a renda disponível para a população brasileira²⁵⁰.

Ocorre que o mesmo talvez não se possa dizer de uma instituição financeira ou de um grande conglomerado empresarial, para quem a preferência temporal relativamente ao valor de mil reais é praticamente igual a zero, sendo quase irrelevante para ela o gozo presente ou futuro da utilidade.

Por isso, muito embora a influência do tempo seja idêntica a autor e réu, ela pode alterar sensivelmente o equilíbrio da inequação de propensão ao acordo quando houver uma

²⁴⁷ *Op. cit.*, p. 439.

²⁴⁸ Aplicação do equivalente a mil cruzados novos em 1989 e o recebimento de igual valor em 2019 reajustado apenas pela taxa do Certificado de Depósito Interbancário (CDI) do período.

²⁴⁹ CONSIDERA, Cláudio. **A poupança brasileira e de uma amostra de países**. Disponível em: <<https://blogdoi-bre.fgv.br/posts/poupanca-brasileira-e-de-uma-amostra-de-paises>>. Acesso em 5 de março de 2019.

²⁵⁰ Explicável por diferentes causas, como afirma o economista e pesquisador do Instituto Brasileiro de Economia (FGV), SAMUEL PESSOA, ao sustentar que haveria uma pluralidade de razões relativas a incentivos microeconômicos para a baixa poupança brasileira, como o regime previdenciário e a inserção do Estado brasileiro em diferentes cenários de risco pessoal (doença, desemprego, morte e etc.), tornando, à luz da renda média do brasileiro e de suas necessidades, dispensável a poupança privada e majorando, com isso, a preferência temporal (**Características estruturais da economia brasileira**). Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16832/Caracter%C3%ADsticas%20Estruturais%20da%20Economia%20Brasileira%20-%20Samuel%20Pessoa.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2019).

assimetria de efeitos entre as partes (v.g., quando a parte autora por uma pessoa natural, dotada de uma renda média e a parte requerida for uma sociedade empresária de porte econômico sensível).

Sob o aspecto teórico, o fator tempo fora primeiramente levado em consideração por POSNER²⁵¹ e por PRIEST²⁵².

Basicamente, o efeito do tempo entre a propositura da ação e a efetivação de seu julgamento é o de reduzir o valor presente do julgamento esperado, sendo que a extensão da redução em si, como visto, dependerá do tempo de demora e da efetiva taxa de desconto (*discount rate*) temporal de cada parte.

Assim, considerando-se a inequação (5)²⁵³ – ou seja, considerando-se o comportamento neutro com relação ao risco – incide uma taxa de desconto de juros r , que de uma forma ou de outra é inversamente proporcional ao valor do julgamento e que incide a cada período t de tempo, representando o número de períodos (dias, meses, anos e etc.) entre o ajuizamento da demanda (ou o dano pretensamente sofrido, conforme o caso) e a efetivação do julgamento.

Com isso, levando-se em consideração o fator tempo, encontrar-se-ia o seguinte:

$$[C_l + (\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_r)] - C_a > [(\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_a) - C_l] + C_a \quad (12)$$

Dessa equação a doutrina tradicional se verifica, como já fez POSNER nos idos de 1973, que o resultado do tempo no processo, *se* o valor do julgamento para o autor quando operado a taxa de desconto ou de juro for o mesmo que o valor do julgamento para o réu após a mesma incidência e se a taxa de desconto de ambos for idêntico, o atraso no efetivação da adjudicação aumenta a possibilidade de acordo ao diminuir a importância do julgamento para as partes²⁵⁴.

²⁵¹ *Op. cit.*, 1973. p. 448.

²⁵² **Private litigants and the Court Congestion Problem.** Boston University Law Review. Vol. 68, 1989. p. 527.

²⁵³ Representada por $[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a$.

²⁵⁴ Lembrando-se que, uma vez que a modulação inicial considera dos custos de litígio e de acordo como fixos, independentemente da importância do julgamento, quão menores são os valores do julgamento em si (ainda antes de incidir estimativa de êxito de cada parte), mais importantes se tornam os custos para se valer do sistema judicial e, com isso, mais importante se torna o acordo diante do volume de recursos que será despendido exclusivamente com a solução do conflito. Valendo-se de um exemplo trazido por SHAVELL, se existir, por exemplo, uma diferença de estimativas de 20% quanto êxito da ação e o julgamento for de \$10.000, a diferença entre os julgamentos

Nas palavras de PRIEST, essa inequação mostra que:

“[...] a mora na solução do litígio, ao reduzir o valor esperado do julgamento, também reduz a própria litigância. Novamente, é já estabelecido que a litigância aumenta quando os valores dos julgamentos aumentam, uma vez que a diferença entre as estimativas das partes quanto ao sucesso do litígio se torna mais fácil de se sobrepor à diferença entre a os custos de litígio e de acordo. Daí se conclui, portanto, da mora na solução do conflito, que ao reduzir o valor presente do julgamento em potencial na disputa, reduz a chance de existir um litígio. A inequação mostra que, se os custos do litígio, do acordo e as estimativas das partes quanto ao sucesso permanecerem constantes (*ceteris paribus*), existe uma relação inversa entre o acordo e a probabilidade de litigância. Ao passo que a morosidade do judiciário aumenta, o valor esperado diminui. A demora, portanto, aumentaria a probabilidade do acordo. Por outro lado, novamente mantendo-se outros fatores constantes, enquanto os julgamentos são mais céleres, o valor esperado do julgamento aumenta e a chance de litigância segue” (*Op. cit.*, 1989. p. 534. Tradução livre).

À mesma conclusão chega POSNER, acrescentando que, como um número significativo de casos envolveriam autores com uma taxa de desconto maior que a de réus (os primeiros pessoas naturais, de baixo poder aquisitivo e os segundos, pessoas jurídicas bem estruturadas e aparelhadas), o efeito de tal diferença seria que o valor esperado do litígio para os autores diminui sensivelmente mais rápido que para os requeridos, possibilitando que o valor mínimo a ser aceito pelos primeiros diminua mais celeremente que o valor máximo a ser oferecido pelos demais, aumentando, assim, o número de acordos²⁵⁵.

Todavia, uma pontuação específica deve e precisa ser feita, especialmente à luz do objeto de estudo deste trabalho, é que tal conclusão *somente se sustenta à luz de um grupo de pressupostos bastante específico*.

Conforme explicação acima, o fator r , que incide inversamente proporcional ao valor do julgamento em termos absolutos (ou seja, J , anteriormente à incidência do percentual da estimativa, P_a ou P_r , conforme se trate do autor ou do réu, respectivamente), se reveste na forma de uma taxa de *desconto* em decorrência de um dado espaço de tempo. Ou ainda, evidentemente, pode se comportar de forma neutra (o tempo seria irrelevante para essa parte).

esperados será de apenas \$2.000, talvez não excedendo a soma de custos legais do litígio e, por isso, não o suficiente para levar ao litígio. Por outro lado, se o julgamento for de \$1.000.000, a diferença de 20% se torna uma dissonância significativa de \$200.000 no julgamento esperado, e por isso bem mais possível de superar a soma dos custos de litígio, levando assim ao litígio (*Op. cit.*, 2004. p. 405). Em análise formalizada, lembrando-se da inequação (6), que traz a condição do litígio, em que $(P_a - P_r) \cdot J > 2 \cdot (C_l - C_a)$, fica claro que, aumentando-se J , mais fácil a condição será implementada e, assim, um litígio ocorrerá.

²⁵⁵ *Op. cit.*, 1973. p. 420.

Isso se dá porque há uma série de fatores que podem alterar os incentivos que pairam sobre uma parte em uma decisão à luz do risco em que o tempo é uma variável determinante.

Ora, uma pessoa acometida de uma doença terminal certamente terá uma taxa preferência temporal altíssima, refletida em uma taxa de desconto bastante baixa. Ou seja, cada incremento de tempo é capaz de descontar sensivelmente o valor do bem da vida pretendido.

Por outro lado, um empresário que esteja às vésperas de fazer um vultuoso investimento, necessitando de poupança e aquisição de bens de capital para um fabuloso ganho futuro possui uma taxa de preferência temporal baixíssima, refletida em uma taxa de juros que pode ser até bastante alta. Ou seja, cada incremento de tempo é capaz de aumentar o valor esperado daquele mesmo bem da vida.

Por isso, o que se quer dizer aqui é que as conclusões da doutrina da análise econômica, de que o fator tempo apenas facilita a realização de acordos, ao diminuir o valor esperado do litígio, nem sempre se sustenta.

Ela se sustentará se e somente se ambas as partes possuam taxas de desconto temporal. Ao contrário, se uma das partes possuir uma taxa de desconto e a outra exibir uma taxa de preferencial temporal positiva, a diferença de preferências temporais poderá levar à impossibilidade total de acordo se sobre uma das partes incidir uma taxa de desconto sobre o tempo e sobre outra incidir uma taxa de juros sobre o mesmo tempo.

Isso implica dizer que, no caso de ações em que a parte autora seja, v.g., uma pessoa física, com alta taxa de desconto temporal, e a parte requerida, uma pessoa jurídica, com alta taxa de juros temporal, a diferença de valores esperado seja tamanha que não haja acordo possível, uma vez que a parte demandada, valendo-se de sua posição de monopólio bilateral neste cenário de litígio, furte-se a autocompor a lide para, “lucranda com o tempo”, somente no futuro arcar com o valor do julgamento, que para ele será menor – em razão dos juros decorrentes do tempo – do que o imediato pagamento de uma quantia que o requerente esteja agora disposto a aceitar.

Sob a ótica teórica e na linguagem formalizada já adotada, a fim de, em homenagem ao consenso científico, trabalhar-se com o modelo endossado pela doutrina, isso implica dizer que, além de um fator de desconto temporal r que incide de maneira inversamente proporcional

a J , existia uma taxa de juros que seria renunciada por uma ou por ambas as partes *exclusivamente* na eventualidade de uma composição consensual do litígio (por representar a antecipação temporal do julgamento).

Essa taxa, diretamente proporcional ao volume de capital a ser pago pelo réu e recebido pelo autor, faz parte portanto – e talvez, quiçá, seja o maior deles – de um dos custos negligenciados até então pela doutrina especializada do acordo, e que, portanto, reduzirá o montante que o requerido deseja pagar (sua oferta máxima) e aumentará o valor que o autor aceitará receber (seu aceite mínimo), reduzindo as possibilidades de composição consensual da lide.

Como já vem sendo feito neste trabalho, serão dados dois exemplos para ilustrar o argumento. Um com o modelo clássico da doutrina e o outro com o proposto nesta dissertação.

Tanis adquire um produto que reputa ser defeituoso de Krynn Produtos Ltda. Segundo ele, tal defeito lhe causara um dano de \$1.000. Ao consultar seu advogado, Tanis estima sua vitória na ação em 70%. Krynn, através de seu jurídico, ao ser notificada pelo advogado de Tanis de que aquele ingressaria com a demanda, estimou que a possibilidade de que Tanis se sagra vencedor da ação é de 60%. Os custos do litígio são idênticos para ambas as partes, sendo iguais a \$100. Os custos do acordo são negligenciáveis.

Assuma-se que a taxa de desconto temporal seja igual para ambas, de 0,1 e que ainda t representa um incremento em anos entre a propositura da demanda e a solução. Imagine-se, trabalhando com os dados obtidos pelo CNJ para o âmbito dos juizados especiais cíveis, que $t = 4$, ou seja, é de 4 anos o hiato entre a propositura e a solução do litígio.

Sem se levar em consideração o fator tempo, isto é, acaso se fosse considerada como neutra a preferência temporal das partes ($r=0$), aplicando-se a inequação (5), vê-se que a oferta máxima do réu Krynn (\$700), ainda que haja divergência de estimativas quanto ao resultado da lide, é maior que a oferta mínima passível de ser aceita pelo autor Tanis (\$600), de modo que haveria um excedente de acordo de \$100 a ser partilhado entre as partes.

Quando se incide o fator tempo ($r = 0,1$), vê-se que ainda assim há uma possibilidade de acordo, pois o valor esperado do litígio para o réu Krynn em 4 anos equivaleria ao

pagamento no momento de \$509,80²⁵⁶ ao passo que o valor esperado para o litígio, no mesmo tempo, para o autor Tanis, equivaleria ao recebimento, agora, de \$378,10²⁵⁷.

Ou seja, não só os valores *esperados* para o litígio, em valores absolutos, fora reduzido como também o excedente de acordo aumentou de \$100 para \$131,70, o que reforça o tanto quanto dito pela doutrina tradicional, diminuindo o valor do julgamento e, por isso, tornando a divergência de expectativas mais relevante de acordo com os custos do litígio.

Todavia, como visto, a literatura especializada cotidianamente se omite ao considerar que os custos do acordo são basicamente negligenciáveis, uma vez que os valores de custos esperados da litigância majoritariamente a eles se sobrepõem de modo vultuoso, consoante afirma BONE, em revisão da literatura do tema²⁵⁸.

De fato, se considerados s custos apenas de negociação (esforço pessoal, advogados e tempo, por exemplo), esses se revelem mesmo negligenciáveis ao modelo diante de sua disparidade com os custos do litígio.

Talvez, em um ambiente norte-americano ou inglês, em que os custos de oportunidade não sejam tão elevados, realmente o ato de negligenciar os custos de oportunidade que envolvem a decisão de acordar ou litigar não gere distorções significativas no sistema.

Ocorre que, para a realidade brasileira, talvez não seja essa a melhor decisão.

Pode ser que não sejam vistos os efeitos em “redução de litígios” ou em “multiplicação de acordos” em decorrência da morosidade judiciária por uma variável omitida na análise

²⁵⁶ $[100 + (\frac{1000}{(1+0,1)^4} \cdot 0,6)] - 0$

$[100 + (\frac{1000}{1,4641} \cdot 0,6)]$

$[100 + (683,01 \cdot 0,6)]$

$[100 + (409,80)]$

509,80

²⁵⁷ $[(\frac{1000}{(1+0,1)^4} \cdot 0,7) - 100] + 0$

$[(\frac{1000}{1,4641} \cdot 0,7) - 100]$

$[(683,01 \cdot 0,7) - 100]$

$[478,10 - 100]$

378,10

²⁵⁸ *Op. cit.*, 2017. p. 148-149.

e é possível que o custo de oportunidade da autocomposição para uma ou ambas as partes em um litígio judicial seja significativa, devendo a modelagem da decisão, por isso, acrescentar tal variável, posto não se tratar de uma multiplicação excessiva das entidades – em detrimento à *navalha de ockham* – mas apenas uma tentativa de um pouco melhor representar a realidade²⁵⁹.

No cenário trazido por este trabalho, ter-se-ia a seguinte proposição, em linguagem formalizada:

$$\{[C_l + (\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_r)] - C_a - JP_r + [JP_r \cdot (1 + C_{or})^t]\} > \{[(\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_a) - C_l] + C_a - JP_a + [JP_a \cdot (1 + C_{oa})^t]\} \quad (12)$$

Na inequação acima, mantêm-se inalteradas as variáveis r e t , a primeira representando um fator de desconto temporal, que pode ser qualquer número inteiro (*i.e.*, $r \geq 0$) e a segunda um dado espaço arbitrário de tempo (t igualmente maior ou igual a zero), que seja comum para ambas as partes.

Por outro lado, os custos de acordo (C_a), aqui tratados como idênticos para ambas as partes (exclusivamente por simplicidade) representa, conforme classicamente indicado na doutrina, os valores normalmente dispendidos com reuniões, honorários advocatícios, tempo e esforço dispendido com a negociação.

Outro lado – e a real novidade do modelo, neste particular, reside aqui – somam-se aos custos tradicionais do acordo uma taxa, exponencialmente multiplicada pelo mesmo tempo necessário para o dispêndio em litígio, que incidirá sobre uma base C_{oa} e C_{or} representando os custos de oportunidade respectivamente de autor e réu como um fator multiplicador sobre o julgamento *esperado* do litígio em si, representando, subsequentemente, a diferença de custo de oportunidade entre o acordo (recebimento ou dispêndio de recursos aqui e agora) e o litígio (recebimento ou dispêndio de recursos aqui *pro futuro*).

²⁵⁹ Relembrando-se, obviamente, como fez RENÉ MAGRITTE em 1929 com a obra “A Traição das Imagens”, que as representações não são as coisas representadas.

Uma vez que é o autor quem busca a alteração de sua situação jurídica, com o recebimento de um bem da vida, usualmente será possível que ele ostente um custo de oportunidade negligenciável nesse talante, uma vez que a variável C_a já cobriria os prejuízos e dispêndios que ele faria para ingressar nas negociações²⁶⁰.

A fim de ilustrar a exibição de resultados, relembra-se o exemplo de Tanis e de Krynn Produtos Ltda. O caso é idêntico e os números idem. Igual ainda é a taxa de desconto temporal de ambas as partes (0,1), referindo-se agora à idêntica *preferência temporal* entre elas existente (0,1). Diferente, todavia, é o custo de oportunidade do capital no caso do acordo. Para a parte ré ele seria, hipoteticamente claro, como todo o mais é o exemplo, de 20% ($C_{or}=0,2$) e para a parte autora é negligenciável ($C_{oa}=0$).

Se vê às operações indicadas nas notas de rodapé n.ºs 253 e 254 que somente um ponto da matemática se altera, que é a substituição do último termo da soma de “0”, na conta do rodapé de n.º 253, para 644,16²⁶¹.

Realizadas as operações, se vê que, muito embora a oferta mínima que o autor está disposto a aceitar no caso vertente, dado seu fato de desconto temporal, se equivalha igualmente a \$378,10, antecipar o pagamento de \$600,00 para o presente momento, para a sociedade empresária implica um custo de oportunidade para o acordo – seja em razão de juros no mercado ou por negócios que ela deixou de realizar com o aquele capital – proibitivo para a formação da avença.

Em síntese numérica, a condição de autocomposição não se satisfaz, pois -134,36 não é maior que \$378,10.

Ou seja, a sociedade empresária, mesmo diante do desconto temporal e mesmo com a existência de um excedente de acordo possível sob a ótica do modelo primeiro de POSNER-

²⁶⁰ Evidentemente, em casos de tutela inibitória ou em outras situações em que a parte autora evita que seja alterada uma situação jurídica que, extrajudicialmente, o requerido vem modificando (ex: ações possessórias), seria possível trazer uma situação em que a modulação fosse diferente e até inversa. Igualmente, em qualquer caso, esse ponto da inequação revela ainda os juros sobre capital futuro que ele deixará de receber ao final da ação. Porém, se reconhece tratar-se de hipóteses bastante excepcionais ou de valores provavelmente irrisórios no desenho total da modelagem.

²⁶¹ $[100 + (409,80)] - [600 \cdot (1 + 0,2)^4 - 600]$

$509,80 - [600 \cdot (2,0736) - 600]$

$509,80 - 644,16$

$- 134,36$

LANDES-GOULD, ainda assim permanecerá no litígio, uma vez que a uma taxa de interesse de 0,2 ao ano não lhe é vantajoso antecipar essa renda na autocomposição do litígio.

Portanto, é importante destacar que, muito embora a morosidade do Poder Judiciário, em um cenário sem levar em consideração os custos de oportunidade, possa de fato ensejar um aumento no número de acordos em decorrência da perda do valor esperado, *no presente*, da solução do conflito que demorará muito a ser equacionada e adjudicada com efetividade, as previsões da teoria tradicional podem não corresponder à realidade estudada.

De fato, uma vez que o índice de acordos no Brasil, apesar da persistência da morosidade do Poder Judiciário, ainda é bastante baixo (como visto na introdução, gira em torno de 18% dos processos nos juizados especiais cíveis), é possível que alguma variável relevante esteja sendo omitida do modelo ou, como ocorreu aqui, apenas não destacada a contento.

O que se verifica é que, acrescentando-se à modelagem a variável de um custo de oportunidade, com efeitos especialmente para a parte requerida – que efetivamente despenderá recursos – na qualidade de custos de autocomposição (custos de acordo), o que as partes e, em particular, o requerido, poderão deixar de ganhar, a depender do cenário²⁶², tem o condão de alterar sensivelmente o panorama da decisão de litigar ou autocompor a lide.

E inclusive, quando se fala em taxas de juro consideráveis (20% a.a. não é algo inimaginável, por exemplo, na realidade produtiva ou especulativa brasileira), é possível até mesmo se impedir completamente a realização de um acordo que, *a priori*, teria um excedente a ser repartido entre as partes.

No cenário brasileiro, acredita-se que o potencial analítico desse destaque no modelo básico seja de suma importância e de significativa capacidade explicativa.

Por exemplo, quando somados aos demais fatores já explicitados – v.g., o otimismo e a instabilidade legal, somado aos baixos custos de ingresso e de litigância – podem compor o adequado cenário de “tempestade perfeita” que assola o sistema judiciário, uma vez que, diante da morosidade de efetivação das decisões judiciais, as sociedades empresárias, por exemplo, podem utilizar o capital de violações a direitos subjetivos para se alavancarem financeiramente, cientes de que o custo de oportunidade milita a seu favor.

²⁶² Altos custos de oportunidade para a celebração do acordo e taxas de desconto muito assimétricas entre autor e réu, sendo que as do primeiro bastante superiores ao do segundo, por exemplo.

Noutro talante, essa mesma variável é capaz de explicar, por outras vias, a incapacidade dos entes e entidades públicas de entabularem acordos viáveis diante da pluralidade de ações (administrativas, tributárias e etc.) que respondem.

Simplesmente o custo de oportunidade ao governante de efetuar o pagamento agora ou de utilizar esse dinheiro para majorar seu capital político hoje e deixar a quitação de tais obrigações para o amanhã, quando ele eventualmente não estará no governo, é grande demais.

Também sob essa ótica se vê que, ao menos para a realidade brasileira da litigância, friso, não se visualiza cenário em que o acréscimo do custo de oportunidade na modelagem da decisão de litigar ou de autocompor a lide não se faça necessária.

4.3. O MODELO DE LITIGÂNCIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

É o momento de aglutinar o que mais de essencial fora produzido até então e aplicar à realidade dos juzizados especiais cíveis e às suas peculiaridades, modulando a decisão de litigar que se mostre, sob medida para esse sistema próprio de acesso à justiça no Direito brasileiro.

Tal modelagem, como se verá a seguir, utilizará a menor quantidade de complexidades que forem estritamente necessárias a seu desiderato preditivo e explicativo.

Para tanto, irá se pincelar o que é essencial do presente capítulo, explicitando em que se aplica ou não ao modelo dos juzizados especiais e, enfim, apresentar-se-á modulação que servirá de condição necessária – mas não suficiente, frisa-se, pois este trabalho, como se viu, não ingressa no cipoal da análise da barganha – para a autocomposição no âmbito da Lei Federal n.º 9.099/1995.

Em primeiro lugar, uma vez que os juzizados especiais cíveis, na forma do art. 8º da Lei de regência, basicamente só poderão ser utilizados por pessoas naturais e por algumas pessoas jurídicas marcadas notadamente pela singeleza de sua organização empresarial ou civil (v.g., microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades civis de interesse público), não se vê uma estrutura organizacional tal que permita considerar, de antemão, que qualquer das partes seja neutra ao risco.

A neutralidade ao risco, em existindo, mesmo diante do limite financeiro da discussão no campo desse sistema – não superior a 40 vezes o salário mínimo, na forma do art. 3º, inciso I da Lei – pode não abranger uma significativa parte dos requeridos e, provavelmente, a

maioria dos autores (pessoas naturais, para que dentro desse limite possivelmente a utilidade marginal do dinheiro ainda permite em se falar em aversão ao risco).

Por isso, não se partirá das inequações anteriores à de número 9²⁶³, que acrescenta um fator de risco como desconto (aversão ao risco) ou como multiplicador (preferência ao risco) ou em valor igual a 1 (neutralidade).

Uma vez que se estará lidando basicamente com pessoas naturais de um lado e com pessoas jurídicas de outro, e dessas a maioria delas poderá ser considerada como litigantes habituais, no sentido de que, pela natureza do seu negócio, é de se imaginar uma multiplicação de litígios com similares características, dois fatores devem entrar em jogo.

Primeiramente, o ganho a ser recebido pela parte autora não poderá ser considerado – e isso já é feito desde o início – como meramente financeiro, uma vez que as partes podem (e cotidianamente têm) interesses diversos para comparecer em juízo além do aspecto puramente pecuniário.

Nesse diapasão, além do valor da condenação em si, é possível que a vontade de comparecer à Corte e de simplesmente chamar a parte adversa em Juízo seja uma recompensa buscada, dados esses bastante particulares entre si.

Por outro lado, as partes requeridas podem estar interessadas em ganhos reputacionais ou – em menor grau, no caso dos juizados especiais, pelas limitações inerentes à sua esfera recursal – na formação de precedentes vinculantes em seu favor ou, se não tanto, e se a difusão informacional for boa o suficiente (caso de cidades menores), no acréscimo ao capital jurídico do Direito que particularmente lhe favoreça.

A isso se somam as expectativas relacionadas ao *quantum* condenatório divergente entre elas, o que é assaz usual em especial em ações vinculando pedido de danos morais, se vê claramente que o valor absoluto do litígio (representado pela letra maiúscula *J*) não pode ser igual para ambas as partes.

Por isso, será utilizada a variável J_a para o valor do litígio imaginado pelo autor e J_r para a variável respectiva ao réu. A fim de se evitar a multiplicação sucessiva de probabilidades, tome-se esse já como o montante do litígio *esperado* em caso de efetivo pagamento²⁶⁴.

²⁶³ $[r \cdot (J \cdot P_r) + C_l] - C_a > [r \cdot (J \cdot P_a) - C_l] + C_a$.

²⁶⁴ Igual diferenciação será feita para os custos básicos de acordo e para os custos do litígio e pelas mesmas razões.

Prosseguindo, o caso dos juizados especiais cíveis, no que tange à alocação de custos do litígio, é um caso bastante particular no Brasil, posto que adota, via de regra, o sistema americano de distribuição de custos do litígio, consoante seu art. 55 que prevê, para o primeiro grau, que a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé.

Ainda, o art. 54 da Lei específica, prevendo que o acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Acerca da norma jurídica que se reputa vigente no sistema do direito positivo pátrio e da interpretação objeto deste trabalho se verá no capítulo subsequente.

O que se quer agora verificar é que, para o acesso em primeiro grau de jurisdição, o sistema dos juizados especiais cíveis adota claramente o regime americano de distribuição de custos do litígio, ou seja, independentemente do resultado da lide, cada parte arcará inteiramente com as despesas que incorrer antes, no ingresso e durante o conflito judicializado.

É bem verdade – e aqui mora uma observação à literatura especializada – que ainda que se analisasse a regra inglesa (que é a padrão no Direito brasileiro), é absolutamente impossível que uma das partes, ainda que vencida, consiga arcar *totalmente* com os custos que a outra realizou no litígio.

Isso porque, ainda que se considerasse a possibilidade – fictícia – de que os custos pecuniários fossem inteiramente satisfeitos, como se contabilizar os custos emocionais, pessoais, de tempo e de energia gastos com o litígio?

Muitas ações tramitam no Poder Judiciário envolvendo interesses aos quais as pessoas emprestam importância capital em suas vidas, como a guarda de filhos ou ofensas severas contra si ou seus familiares, sem contar os casos de acidentes com invalidez e demandas das quais dependem a sua própria dignidade.

Por isso, talvez um modelo que vise um maior potencial explicativo à decisão de litigar, em outros cenários (*i.e.*, fora do âmbito dos juizados especiais cíveis) estivesse melhor construído acrescentando-se esses custos assumidos por cada parte.

De toda sorte, nenhuma alteração na inequação (9) se faz necessária para os fins do trabalho no que tange à locação de custas. Aquela modelagem já previa o sistema americano e como o propósito maior é a decisão de litigar ou autocompor, reputa-se que a decisão de recorrer deva ser objeto de outra análise.

O aspecto da litigância frívola e dos litígios socialmente indesejáveis, no âmbito do sistema dos juizados especiais cíveis será objeto de mais algumas ponderações no próximo capítulo.

Por fim, tem-se a circunstância do fator tempo na decisão objeto de análise. Essa, como é de se imaginar, este trabalho reputa essencial para suas finalidades, e será sim considerada na inequação final.

Portanto, aglutinando-se à inequação (12) o fator de risco da inequação (9) com as diferenças de valor do julgamento para cada uma das partes, encontra-se a última inequação da dissertação, que, enfim, representa a modelagem da condição necessária de acordo no âmbito dos juizados especiais cíveis:

$$\{[C_{lr} + (r_r \cdot \frac{J_r}{(1+i)^t} \cdot P_r)] - C_{sr} - [r_r J_r P_r - r_r J_r P_r \cdot (1 + C_{or})^t]\} > \{[(r_a \cdot \frac{J_a}{(1+i)^t} \cdot P_a) - C_{la}] + C_{sa} + [r_a J_a P_a - [r_a J_a P_a \cdot (1 + C_{oa})^t]]\} \quad (13)$$

Facilitando-se a compreensão da proposição acima, eis novamente a explicação de cada uma das variáveis:

$J_r \rightarrow$ valor do julgamento segundo a estimativa do réu. É o valor que, acaso toda a pretensão autoral seja acolhida, o réu será condenado (em caso de pedido dicotômico, tudo ou nada) ou já sua estimativa pelo cálculo atuarial de probabilidades, em caso de pedido com um valor mais fluido (v.g., danos morais). Inclui-se aqui tanto o acréscimo puramente pecuniário, financeiro, quanto quaisquer ganhos de cunho extrapatrimonial, como a honra recuperada ou o sentimento de justiça.

$J_a \rightarrow$ valor do julgamento segundo a estimativa do autor, nos mesmos moldes acima.

$P_r \rightarrow$ probabilidade estimada pelo réu de que o autor se sagra vitorioso no litígio.

$P_a \rightarrow$ probabilidade estimada pelo autor de que o ele se sagra vitorioso no litígio.

$C_{lr} \rightarrow$ custas que serão pagas pelo réu na eventualidade do litígio, assim consideradas como aquelas dispendidas após a audiência inicial de conciliação, realizada cotidianamente de maneira autônoma em relação à audiência de instrução e julgamento, oportunidade inclusive

em que reconhece o enunciado n.º 10 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) que poderá ser exercida manifestação mais lídima do contraditório, com a contestação.

$C_{la} \rightarrow$ custas que serão pagas pelo autor na eventualidade do litígio, como acima.

$C_{sr} \rightarrow$ custas “tradicionais” do acordo que serão pagas pelo réu, compreendendo, por exemplo, mas não necessária ou totalmente, a análise prévia do caso, a contratação de pre-postos para a audiência de conciliação, os custos emocionais da negociação, o custo de tempo da negociação e etc.

$C_{sa} \rightarrow$ custas “tradicionais” do acordo que serão pagas pelo autor, nos termos acima.

$C_{or} \rightarrow$ os custos de oportunidade que o requerido incorre ao realizar uma autocomposição da lide e antecipar a entrega do valor estimado do julgamento para a parte autora. É representado por um fator que incide sobre a exatidão do que espera o requerido entregar ao final do tempo do litígio, diminuído posteriormente desse valor sem alteração. Representa o que ele deixou de ganhar, em termos numéricos (não necessariamente estritamente financeiros, frisa-se) por antecipar uma perda futura para o presente.

$C_{oa} \rightarrow$ os custos de oportunidade que eventualmente o autor incorre ao realizar uma autocomposição da lide.

$r_r \rightarrow$ fator de comportamento em relação ao risco do réu, podendo ser um número maior que um, representando uma preferência ao risco, menor que 1, representando uma aversão ao risco ou então igual a 1, sendo ele neutro em relação ao risco.

$r_a \rightarrow$ fator de comportamento em relação ao risco do autor. Mesmas observações.

$\hat{t} \rightarrow$ fator de desconto temporal do réu, representando aqui o grau de preferência temporal da satisfação de sua necessidade, podendo ser um número maior que zero (em sendo positivo o desconto, denotando a influência do tempo, maior ou menor) ou exatamente igual a zero, no caso de indiferença. A fim de se preservar a inequação tradicional, dialogando com a literatura especializada, qualquer preferência temporal das partes fora recebera tratamento matemático como custo de oportunidade, a fim de manter as proporcionalidades da equação.

$\check{t} \rightarrow$ fator de desconto temporal do autor. Idênticos comentários.

$\hat{t} \rightarrow$ unidade de tempo do litígio, segundo a estimativa do réu.

$\check{t} \rightarrow$ unidade de tempo do litígio, segundo a estimativa do autor.

5. ANÁLISE EMPÍRICA DA DECISÃO DE LITIGAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

No capítulos anteriores, foram apresentadas as bases teóricas sobre as quais este trabalho se sustenta.

Inicialmente sob a ótica da teoria do direito, a fim de indicar a visão aqui adotada quanto à formação estrutural da norma jurídica.

Posteriormente, apresentando as bases de uma teoria da interpretação e da decisão jurídica, com especial destaque, dentre tantos arcabouços metodológicos válidos, aos postulados centrais da análise econômica do direito, explicitou-se como ocorre a interpretação e quais são as possibilidades exegéticas que serão utilizadas neste capítulo.

Por fim, modulou-se a decisão de litigar ou de buscar a solução alternativa de litígios (em especial o acordo) no âmbito dos juzizados especiais, indicando os fatores que, segundo se entendeu, são estritamente essenciais para a tomada de decisão racional no âmbito do sistema ora estudado.

Este capítulo, que encerra a parte teórica desta dissertação, como explicitado já na introdução, possui dupla finalidade.

Primeiramente, seu propósito é o de apresentar, em linhas gerais, a norma jurídica que atualmente é construída interpretativamente no tocante às despesas de acesso aos juzizados especiais cíveis. Em suma, é expor ao leitor o direito atualmente vigente na data de escrita deste trabalho, segundo a análise do autor (interpretação *positiva*).

Na oportunidade ainda, à luz da modulação da decisão realizada no capítulo anterior, serão expostas as consequências que são esperadas na sociedade quando essa entrar em contato com a norma jurídica, destacando-se, como visto no capítulo terceiro, que este trabalho, ao separar o ser do dever-ser, considera as normas jurídicas como incentivos para a prática ou a omissão de certos comportamentos.

Em seguida, serão expostos os resultados da pesquisa empírica realizada no universo dos juzizados especiais cíveis de Vitória, capital do Estado do Espírito Santo, que poderão confirmar ou infirmar as consequências que são esperadas do confronto entre a modelagem e a norma jurídica.

Enfim, fechando o capítulo – e, para todos os fins, esta dissertação – espera-se apresentar uma opção alternativa de interpretação que seja capaz, ao menos em uma análise teórica, de maximizar os mesmos objetivos comunicativos da norma jurídica atualmente vigente sem, entretanto, minimizar em demasia outras preferências sociais (interpretação *normativa*).

5.1. O ACESSO A JUSTIÇA E O SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

Com a evolução do direito e da ciência que o estuda, atualmente é possível dizer que, para qualquer sistema de direito positivo, as normas de alocação de direitos na sociedade (os ditos “direitos substantivos”) são somente tão relevantes para a comunidade quanto o são os procedimentos disponíveis para sua aplicação.

É de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO a frase de que o processo se presta a aprimorar a atividade estatal, dando efetividade aos princípios formativos (lógico, jurídico, político e econômico), de maneira que o que o autor entendia como instrumentalidade é exatamente essa justificação do porquê do processo no campo normativo²⁶⁵.

Assim, como afirma BONE, se vivêssemos no melhor dos mundos possíveis, o sistema processual aplicaria o Direito da forma menos custosa e com a maior acuidade possível.

Todavia, no mundo da escassez e das limitações cognitivas, o sistema cria seu próprio custo ao passo que reduz, apesar de não eliminar, as possibilidades de erro²⁶⁶.

Em outras palavras, o melhor cenário possível é onde o sistema processual jamais seja preciso de ser usado ou, na eventualidade de ser necessário, que nenhum questionamento gere sobre as partes e, enfim, que não influencie em nada nos custos e ônus da alocação de direitos desejada pelo sistema de direito substantivo.

Uma vez que esse mundo não existe, toda escolha no âmbito do direito processual – como usualmente ocorre dizer na ciência econômica, onde o “almoço grátis” é uma quimera – implica um *tradeoff*, em um dilema, o que gera controvérsias complexas e discussões de políticas públicas ferrenhas, muitas das quais suscitando problemas axiológicos profundos.

²⁶⁵ **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 1987. p. 24.

²⁶⁶ *Op. cit.*, 2003. p. 2.

Com o advento do movimento democrático e a instituição da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, o povo brasileiro tinha notáveis esperanças da formação de um País que realmente chegasse ao futuro tão prometido por STEFAN ZWEIG já em 1941.

Os debates na Assembleia, em especial na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, como se verificam dos anais históricos²⁶⁷, são bastante eloquentes no sentido de que o propósito do legislador constituinte com a concepção do que à época ainda chamavam de “juizados das pequenas causas” era exatamente o de *ampliar o acesso à justiça*, em primeiro lugar retirando-se o que chamavam de “amarras do processo civil” e, ademais, garantindo-se a ampliação do serviço forense para esses casos, com a criação de novas unidades judiciárias, sempre com sob a fundação de um ingresso no sistema que fosse gratuito do povo.

A discussão girava em torno de se extrair o que chamavam de “elitismo” do Poder Judiciário, de maneira que a gratuidade de acesso era o propósito maior.

Veja-se a seguinte passagem, apenas a título de elucidação:

“Em relação ao elitismo e, sobretudo, especificamente à dificuldade ou impossibilidade de acesso dos pobres à justiça, previ a gratuidade desta como um princípio, sem exceção. A prestação da justiça é um serviço público da maior importância e, como todo serviço público, deve ser integralmente financiado pela via tributária, ou seja, através de impostos gerais. Não se concebe que a justiça ainda funcione com fundamento em taxas ou contraprestações tributárias que, na verdade, representam, como se viu recentemente em dois dos maiores Estados da Federação, uma espécie de extorsão legalizada” (*Op. cit.*, p. 137).

E de fato, não se visualiza como isso poderia ser de algum modo diferente, dada a época de sua formulação e o ideal que pairava sobre o direito processual – em especial o civil – naquele momento.

Era a época do conhecido “Projeto de Florença”, animado pela pesquisa capitaneada por CAPPELLETTI e GARTH, o qual, conforme bem exposto por GEOVANY CARDOSO JEVEAUX, tinha como premissa um ideal de “justiça social”, que pressupunha um “acesso efetivo à justiça”, no sentido de favorecer às pessoas comuns.

Para tanto, como afirma JEVEAUX, seria necessárias a remoção de obstáculos básicos a essa efetividade, como as custas e as pequenas causas não gratuitas, de maneira que as

²⁶⁷ *Op. cit.*, p. 141.

reformas tendentes a extrair esses entraves se daria em três “ondas”, sendo que logo a primeira delas era exatamente a assistência judiciária²⁶⁸.

Em que pese a Constituição Federal de 1988, em seu texto definitivo, não tenha de fato previsto a gratuidade ampla de acesso aos agora batizados de “juizados especiais”, em seu art. 98, inciso I²⁶⁹, a positivação do comando constitucional, através da Lei Federal n.º 9.099/95, tratou de fazê-lo em seus artigos 54 e 55, já citados.

De fato, segundo a literatura que tradicionalmente trata do tema, fica bastante evidente que o propósito não oculto de se viabilizar o acesso gratuito ao sistema dos juizados especiais, independentemente do resultado da demanda ou ainda do poderio econômico do interessado era o de assegurar o ideal do “acesso à justiça”, nas bases preconizadas por CAPPELLETTI e GARTH.

Tanto assim que DINAMARCO, ao comentar a isenção de custos de acesso, disse que “[...] constitui fator de estreitamento das vias judiciárias o custo financeiro do processo a cargo das partes. A garantia constitucional da ação passa a ser fátua quimera, quando se sabe que a Justiça é cara, carregada de ônus pecuniários e deficiente de assistência judiciária”²⁷⁰.

Por outro lado, mesmo a natureza da ação, sua importância para a sociedade como um todo ou, quiçá, para os próprios interessados, poderia ser obstáculo a esse acesso amplo, sob o fundamento de que “no momento de se discutir a legitimidade, por exemplo, não é possível descurar que vivemos em uma sociedade pobre, em que a maioria da população [...] é excluída do Judiciário”²⁷¹.

Outras passagens da doutrina especializada, a bem da verdade, não destoam dessas considerações²⁷².

²⁶⁸ Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça. In: _____ (Org.). **Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 3.

²⁶⁹ **Art. 98.** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...].

²⁷⁰ Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985. p. 110.

²⁷¹ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do processo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 69.

²⁷² Vide obras de PAULO MANOEL ABREU (*Acesso à Justiça e Juizados Especiais*. p. 253-262), LUCIANA GROSS CUNHA (*Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*. p. 48 e ss.) e ANTÔNIO CÉSAR BOCHENEK (*A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à*

O objetivo dito por todos aqueles que se debruçaram sobre o sistema dos juizados especiais é que seu funcionamento se presta a assegurar o “acesso à justiça”.

Evidentemente, não é fácil estabelecer um conceito para “acesso à justiça” e este trabalho, com escusas ao leitor, vem dolosamente se furtando a fazê-lo, exatamente para deixar tal empreitada em um só ponto topográfico da obra, no momento em que fosse imprescindível fazê-lo (que é agora, diga-se de passagem) para efetivamente estabelecer a conotação desse termo, empregado extensivamente até então, aqui e alhures, sem o rigor devido.

Não se considera que cabe a este trabalho inovar no conceito.

Acredita-se que, estando a se questionar aqui se a norma jurídica atualmente construída no Direito brasileiro acerca das despesas para o ingresso nos juizados especiais cíveis com o objetivo de ampliar o dito “acesso à justiça” se presta a esse desiderato, é das origens dessa mesma construção interpretativa que deve sair também a definição utilizada por este labor.

Isso porque, conforme estabelecido no capítulo 3, toda comunicação começa com um propósito, com um objetivo. As normas jurídicas, enquanto unidades de comunicação de um dado sistema de direito positivo (aqui, interessa apenas o brasileiro) e enquanto constructos oriundos da interpretação e não meramente “dadas” pelo sistema, também possuem um objetivo.

Uma vez que, muito embora o “sentido” da comunicação esteja em seu emissor – no caso da Lei Federal n.º 9.099/1995, uma entidade, o Congresso Nacional – e, portanto, inalcançável ao receptor da mensagem (os demais brasileiros e destinatários dos enunciados prescritivos lá constantes), não se visualiza, nas bases estabelecidas neste trabalho, forma segura de conhecê-lo com univocidade.

A grande, diga-se assim, “vantagem competitiva” do método aqui empregado – a análise econômica do direito – é que, no seu afã de maximizar preferências, é *estritamente necessário* que o intérprete *enuncie* qual preferência (*i.e.*, qual o objetivo comunicativo, no caso da formação de normas jurídicas sob a luz dessa metodologia) será maximizado, a fim de possibilitar o controle posterior das proposições científicas por ele emitidas e, inclusive, autorizar a pesquisa empírica.

justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. p. 291-293), constantes da bibliografia.

Por isso, no momento em que este trabalho se presta a enunciar qual a norma jurídica atualmente vigente e, em seguida, verificar se ela efetivamente *maximiza* o propósito (*i.e.*, a preferência) que fundamentou a sua enunciação, entende-se oportuno que adote o conceito tradicional desse propósito, em especial quando ele se mostra complexo e com a utilização de termo vago, ambíguo e de notável carga emotiva, como o adotado “acesso à justiça”.

Assim, segue-se com CAPPELLETTI e GARTH ao dizer que o acesso à justiça é “[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”²⁷³.

Tão importante quanto definir assim o que é o acesso à justiça é também explicitar, como bem faz o recente artigo de REBECCA L. SANDEFUR, o que o acesso à justiça *não é*.

Como por ela bem apontado, o erro analítico da miopia legal é de considerar que por acesso à justiça se quer dizer acesso ao aparato Judiciário e legal, ou, em outras palavras, por assim dizer, ao “balcão do Fórum”.

O conceito de acesso à justiça prevê apenas a existência um ou de vários mecanismos (ou seja, não há monopólio de um ou alguns braços do Poder Público), sob a batuta do Estado, para a reinvidicação de direitos e solucionar conflitos.

O Poder Judiciário, em suas palavras, bem como todos os atores que gravitam em torno dele (advogados, Ministério Público, cartórios e etc.) em que pese possam ser parte da solução, podem também ser parte do problema, a depender de como o desenho institucional se dê²⁷⁴.

Não há dúvidas de que o quadro institucional de uma dada sociedade é assaz importante na formatação das organizações que regem a conduta dos atores sociais²⁷⁵, sendo certo que seu principal papel, conforme já pontuava DOUGLAS C. NORTH, é o de reduzir a incerteza ao estabelecer uma estrutura estável para a interação humana²⁷⁶.

²⁷³ **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

²⁷⁴ Access to what. **Daedalus, the journal of the American Academy of Arts & Science**. Vol. 148, n.º 1, 2018. p. 50.

²⁷⁵ Conforme afirmam MARCOS DE BARROS LISBOA e ZEINA ABDEL LATIF, “[...] a experiência brasileira sugere que a democracia pode ter contribuído para a construção de instituições mais sólidas, contrastando com aquelas formadas durante a ditadura, em que pese o passo dos ajustes aparentar ser mais lento. Reformas em regimes democráticos podem ser mais difíceis de serem negociadas, mas elas se provaram ser mais eficientes” (**Democracy and Growth in Brazil**. Disponível em: <http://inctped.ie.ufrj.br/spiderweb/dymask_5/5.3-10S%20Lisboa%20Latif.pdf>. Acesso em 6 de março de 2019. Tradução livre).

²⁷⁶ *Op. cit.*, 1990. p. 6.

Nesse diapasão, o acesso à justiça assegura a *tutela de direitos* pelo Estado, em suas mais variáveis formas e não, necessariamente, garante que toda e qualquer pessoa, sob qualquer fundamento, terá direito a um específico “guichê de reclamações” no qual desaguarão os conflitos de interesses com os quais se deparou ao longo da vida.

Portanto, vê-se que o acesso à justiça, enquanto propósito comunicacional da norma jurídica formada principalmente pelos enunciados prescritivos vertidos nos artigos 54 e 55 da Lei Federal n.º 9.099/1995 é o de assegurar a mais ampla *tutela de direitos* possível, ou seja, o de garantir que o Poder Público, diante da alegação de um direito violado, adjudicará o caso e efetivará a tutela, a tempo e modo oportunos.

Atualmente, este trabalho assume que a norma jurídica vigente a esse respeito, em linhas gerais, assegura a todo cidadão o direito (modal permitido no consequente de notas relacionais normativas) de, nos limites da competência dos juizados especiais cíveis de buscar, sem contraprestação específica para com o Estado ou para com a parte contrária, uma reinvidicação qualquer.

Por contraprestação leia-se qualquer pagamento em pecúnia, sob qualquer rubrica, origem ou nome.

Em outras palavras, é grátis.

5.2. AS CONSEQUÊNCIAS DA GRATUIDADE SEGUNDO A MODELAGEM DA DECISÃO.

As consequências dessa gratuidade, em especial, e outros comentários dos resultados esperados do encontro da norma jurídica em questão com a sociedade, de acordo com a modelagem da decisão de litigar no sistema dos juizados especiais cíveis é o objeto deste tópico.

Como se acabou de ver, este trabalho assume que o objetivo da comunicação da norma jurídica que autoriza o acesso isento de custos de litígio junto à parte *ex adversa* e para com o Poder Judiciário visa facilitar a criação de um sistema estatal sistema pelo qual as pessoas possam reivindicar seus direitos e resolver seus litígios²⁷⁷.

²⁷⁷ E essa é uma decisão inteiramente arbitrária de seu autor, frisa-se. Não há qualquer pretensão de se descobrir aqui um *mens legis* ou *mens legislatoris*, fazer uma “interpretação histórica”, “teleológica” ou qualquer outro método de interpretação clássica, no sentido adotado por CARLOS MAXIMILIANO (**Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 15 e ss.). A pressuposição deste trabalho de que a norma jurídica

Pois bem.

A questão a ser respondida é como a modelagem teórica da decisão das pessoas, no momento de resolverem se litigam perante a justiça ou se solucionam suas demandas através de outros meios pode ajudar a entender os efeitos, as consequências, que essa norma possuirá na sociedade.

Conforme já explicitaram MARIANA PARGENDLER e BRUNO MEYERHOF SALAMA, trabalhar com a compreensão das normas jurídicas e sua construção interpretativa é não só se averiguar os fatos pretéritos para determinar a incidência do suporte fático das regras mas também a realização de juízos sobre casos futuros, a fim de concretizar os fins jurídicos consubstanciados nessas normas²⁷⁸.

Evidentemente, como bem pontuado por MOUSSALLEM, não é o caso de se extinguir completamente o caráter deôntico do sistema. Ao contrário.

Como visto, uma vez que o sistema de direito positivo é incapaz de “falar de si”, indicando os objetivos a serem perseguidos ou então as normas a serem cumpridas, cabe sim ao intérprete, orientado pelas pistas decorrentes das palavras empregadas nos enunciados prescritivos, nos moldes da cultura que dá forma ao seu pensamento (e, pelo seu caráter objetivante, à sociedade destinatária da norma), enunciar os objetivos a serem perseguidos, em um ato de fala assertivo que poderá ser mais ou menos interessante para o caráter explicativo da ciência.

Em todo caso, como disse MOUSSALLEM, a análise das consequências normativas na ciência do direito não se presta a escravizar o dever-ser ao ser, em um “consequencialismo de vale-tudo”, mas certamente é capaz de evitar uma série de criações normativas inconsequentes²⁷⁹.

– analisada em seu aspecto comunicacional – ao permitir o acesso gratuito aos juizados especiais cíveis, tem por objetivo concretizar o acesso à justiça, deve ser encarada aqui como em um caráter axiomático do modelo interpretativo que se fará ou, em empréstimo da fórmula matemática do lógico austríaco KURT GÖDEL, como o auxílio externo a fim de se comprovar a veracidade de um sistema que é incapaz de ser comprovando com o uso das suas próprias regras (NAGEL, Ernest e NEWMAN, James R. *Gödel's Proof*. New York: New York University Press, 2001. p. xiii e xiv). Ou seja, por não poder, em absoluto, ser demonstrada a veracidade ou não de qual seria o propósito comunicacional da norma jurídica veiculada pelo Congresso Nacional, é que simplesmente o intérprete (aqui, o autor desta dissertação), assume, arbitrariamente, como sendo a concretização do acesso à justiça (nos termos já definidos), decisão que, a rigor, não está certa ou errada mas sem dúvida por dar azo a proposições úteis ou inúteis, a critério do leitor, conforme o seu potencial explicativo, possui nessa possibilidade sua *raison d'être*. Espera-se honestamente que a primeira opção vingue.

²⁷⁸ Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 262, jan/abr. 2013. p. 96.

²⁷⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação Consequencialista na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 974-975.

Ou seja, a questão não é de se fiar o direito às consequências mas sim, e em especial, o de evitar interpretações *inconsequentes*.

Voltando à questão em voga, as primeiras consequências possíveis de se extrair da modelagem são as de que, reduzindo-se o custo do litígio para as partes, *haverá uma redução no número de acordos, um aumento na propositura de ações e, enfim, a chance da propositura de litígios frívolos será aumentada*.

Ora, como é possível se relembrar, é condição para a propositura de ação (*filling condition*) que o valor esperado do litígio seja maior do que o valor dos custos com o litígio.

Realmente, os custos com o litígio não são simplesmente extirpados com a isenção prevista na norma jurídica. Há ainda custos pessoais, como o tempo dispendido, ou ainda um desgaste emocional com a manutenção da ação judicial, sem contar, evidentemente, para certos casos, a necessidade de contratação de profissional da advocacia²⁸⁰.

Ainda assim, a inequação é bastante clara que, com a redução dos custos, ações que estivessem na margem (*i.e.*, valor esperado próximo à igualdade com o custos do litígio) e que não seriam propostas agora o serão, aumentando fatalmente a litigância.

Com relação ao número de acordos, a inequação (13) também não deixa dúvidas.

Quando se coloca em foco que a autocomposição também possui um custo pessoal à parte e a esse custo ainda se soma o próprio custo de oportunidade de se manter o litígio (fator, como se viu, que pode ser extremamente importante para a parte requerida, que teria, por ideal, de dispor de um capital que esteja, *no presente*, consigo e que apenas, com o trâmite processual, *no futuro* seria disponibilizado ao autor), em havendo uma redução no custo do litígio e, *ceteris paribus*, os custos do acordo se mantenham estáveis, é possível se prever uma redução, matematicamente demonstrável, no número de acordos.

Por outro lado, é também de se esperar um aumento no número de litígios frívolos propostos, bem como o número de litígios *socialmente indesejáveis*.

²⁸⁰ Na discussão dos resultados da pesquisa empírica se vê que a esmagadora maioria das demandas propostas nos juizados especiais cíveis do Espírito Santo entre agosto de 2015 a agosto de 2017 (76%) as partes autoras estiveram assistidas por advogados, ainda que o sistema dos juizados especiais dispense tal exigência, demonstrando ser possível que essa restrição seja uma parcela pequena na composição final do custo do litígio para o requerente. Mais sobre isso adiante.

Os litígios frívolos, lembre-se, são aqueles basicamente em que a parte já prevê, do início, que o valor esperado do litígio seja inferior ao valor dos custos que ela despenderá com a litigância em si.

Ora, se os custos da litigância nos juizados especiais cíveis são reduzidos, litígios que se mostravam desinteressantes à parte autora agora são plenamente razoáveis e mais, a sua utilização como forma de “ameaçar” o requerido a realizar uma composição consensual, no sistema ora estudado, também adquire uma credibilidade ímpar, pois muito embora ao requerente haja um custo estritamente pessoal (no máximo com a contratação de profissional de advocacia, com a observação da nota de rodapé anterior), é factível se admitir que o requerido continue tendo custos na apresentação de sua defesa.

Nesse mesmo talante, em se abrindo a porta da litigância para litígios de valor esperado menor, também é possível ver que haverá um número superior de litígios *socialmente indesejáveis*, uma vez que o ganho possível ao autor (inferior, por certo, na margem, àquelas ações que seriam propostas com a existência de custos maiores para a litigância) não superará os custos sociais com a manutenção da máquina judiciária.

A isso se acrescenta o fato de que, existindo um regime recursal muito próprio nos juizados especiais cíveis para a formação de precedentes vinculantes – nos termos dos artigos 926 e 927 do CPC – de maneira que são, na melhor das hipóteses, bastante excepcionais os recursos extraordinários ou as reclamações ao Superior Tribunal de Justiça que são apresentadas e ainda menor o número desses expedientes que são julgados, se vê que a difusão informacional das adjudicações nesse sistema agregam bastante pouco ao capital jurídico.

Dito de outra forma, basicamente os juizados especiais cíveis se prestam à satisfação de conflitos privados.

E é nesse ponto que, de acordo com a visão deste trabalho, a utilização da gratuidade, nos termos da norma jurídica admitidamente em vigor, pode pecar ao se pretender instrumento da garantia do acesso à justiça, exatamente por confundir tutela de direitos com solução de conflitos.

Desde os idos de 1974, LANDES e POSNER pontificaram que, muito embora a adjudicação, a solução de conflitos, seja vista cotidianamente, em especial pelos operadores do direito, como uma das funções do Estado, ela efetivamente precede à própria formação do Estado e que, na verdade, historicamente, inclusive cortes públicas formais possuíam importantes características de instituições privadas.

Por exemplo, citam os autores, até 1825 os juízes britânicos eram pagos, isto é, recebiam suas remunerações, tanto das receitas tributárias gerais quanto das taxas que eram depositadas pelos litigantes ao se valerem de seus serviços de solução de litígios²⁸¹.

A grande percepção dos autores foi a de que o Poder Judiciário é capaz de entregar dois tipos de serviços (aqui considerados como bens econômicos, utilidades) que se comportam de forma *inteiramente diferentes entre si*. E, frisam, nem sempre que um deles for entregue o outro também o será.

O primeiro deles é a solução de conflitos. Determinam se uma regra foi violada ou não e, acima de tudo, quem está com a razão. O segundo deles é a criação de normas jurídicas. É a função do Poder Judiciário de realizar investimentos no capital jurídico, sobre a qual já se falou anteriormente, impedindo, com a previsibilidade de resultados, o surgimento de novos conflitos.

É bastante possível que o Poder Judiciário forneça, como produto de sua atividade, a solução de conflitos sem realizar investimentos ao capital jurídico (basta se pensar na jurisprudência instável dita acima. Não há reforço do capital preexistente. Cada juiz resolve litígios, ainda que semelhantes em suas notas de fato e de direito, segundo suas preferências particulares).

Por outro lado – e o Direito brasileiro possui exemplos significativos nesse sentido – o Poder Judiciário pode ser chamado a agregar ao capital jurídico sem decidir um conflito sequer, como é o caso dos processos objetivos perante as cortes superiores ou perante os tribunais de justiça, para o caso das constituições estaduais.

De toda maneira, é muito relevante observar que os bens fornecidos pelo Poder Judiciário se comportam de maneira nitidamente diferente e são classificados pela economia, em razão disso, como bens econômicos diversos.

A solução de conflitos é um *bem privado*. A formação do Direito, de capital jurídico, ao contrário, é um *bem público*.

Conforme conceitos estabelecidos por STEVEN LEVITT, AUSTAN GOOLSBEE e CHAD SYVERSON, “bens públicos são bens que são acessíveis a qualquer pessoa que deseje consumi-los, e que mantém exatamente o mesmo valor para um consumidor ainda que outras pessoas

²⁸¹ Adjudication as a Private Good. *The Journal of Legal Studies*. Vol. 8, n.º 2. p. 235.

passem a consumi-los”²⁸². É o caso, por exemplo, da defesa nacional, de uma apresentação de fogos de artifício, do ar que se respira e etc. É também o caso do direito positivo.

Isso significa, como parece evidente, que não há como se evitar de alguém gozar os benefícios coletivos oferecidos pelo direito positivo. Seu potencial de prever consequências das condutas humanas, de assegurar estabilidade às relações, é utilizado por todos.

A segurança que ele fornece à sociedade é gozada por quaisquer brasileiros e estrangeiros que aqui residam ou que desejam fazer negócios com as pessoas sob esse sistema regulador de condutas. Em sendo ele ainda dotado de normas jurídicas eficientes (*i.e.*, maximizadoras do agregado de preferências sociais), tão melhor. Mas ainda que dotado de normas jurídicas ineficientes, tem sua função.

Por outro lado, seu uso por um cidadão, *e.g.*, ao planejar o início de um empreendimento empresarial, ao almejar ter um filho ou satisfazer o sonho da casa própria, não diminui sua utilidade para outro cidadão que, por exemplo, diante dos comandos normativos, furta-se a ingerir bebidas alcoólicas antes de tomar a direção de uma motocicleta.

Ao revés, no caso do Direito em particular, como já visto, quanto mais pessoas se valem de suas normas jurídicas, mais essas são reforçadas e maior o valor do capital jurídico nos tempos futuros.

Portanto, o direito positivo, assim como todos os bens públicos na classificação da economia²⁸³, é dotado de duas características: a sua *não exclusão* (é impossível ou impraticável, para uma das partes, monitorar ou limitar seu uso por qualquer outro usuário em particular) e a sua *não rivalidade* (o consumo do bem por parte de uma pessoa não diminui o proveito de outro consumidor para o mesmo bem).

Acontece que o oposto ocorre com a solução de conflitos.

Considerada apenas como a adjudicação de um embate, dizendo qual das partes tem razão, esse serviço é *inteiramente privado*.

Primeiramente porque interessa exclusivamente às partes. Aos terceiros nada é relevante se “A” ou “B” se resolveram ou se ainda estão em conflito, ou se “A” ou “B” se sagrou vencedor da disputa. Eles recebem a inteireza da utilidade do serviço.

²⁸² **Microeconomia**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 706.

²⁸³ Que nenhuma forma se confunde com a classificação civilista de bens públicos e privados, é bom que se diga.

Por outro lado, aquele serviço de adjudicação (o trabalho do árbitro, do juiz) somente pode ser utilizado por uma pessoa por vez.

Enquanto um magistrado decide um caso “A” ele o faz em detrimento a todos os demais n casos que estão à espera de sua análise, de maneira que, *e.g.*, se sua atividade diária permite a resolução de 8 casos, se houver uma fila diária superior a esse número, algum ou alguns deles terão que ficar para o dia seguinte, ou para o dia posterior e assim sucessivamente.

Nesse contexto, a solução de conflitos, enquanto bem privado que é, se comporta de maneira oposta aos bens públicos. Enquanto aqueles possuem como característica a não exclusão e a não rivalidade, estes bens são *exclusivos* e *rivais*, no sentido de que seu consumo por uma pessoa afeta a capacidade de outra pessoa de consumi-lo e ser possível evitar que outros indivíduos consumam o mesmo bem.

Tal faceta se torna um problema quando, a partir da visualização do acesso à justiça não meramente como um sistema estatal de solução de conflitos, praticamente se concentra na figura de um só órgão – o Poder Judiciário – a prestação de tal serviço, com características de um bem privado.

E mais, a fim de se assegurar esse pretense acesso à justiça, o Estado passa, primeiramente, a retirar ao máximo os obstáculos para que um conflito de interesses possa desaguar no Poder Judiciário, em homenagem a uma visão particular da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CF/88) e ainda, posteriormente, através dos juizados especiais cíveis, por exemplo²⁸⁴, a literalmente subsidiar a litigância²⁸⁵, isentando a litigância de custos que historicamente ela teria.

Ora, com essa diagramação institucional, é essencial se perceber que a solução de conflitos, que originariamente assumia os contornos de um puro bem privado (ou seja, era possível a exclusão de seu uso) passa a perder uma de suas características (a exclusividade), sendo, se não autorizada a todos a sua utilização, ao menos sendo bastante poucos os mecanismos de vedação²⁸⁶.

²⁸⁴ Mas também através da justiça gratuita da Lei Federal n.º 1.060/1950 e do art. 98 do CPC, que não será objeto deste trabalho.

²⁸⁵ Ora, se as partes não pagam pelos custos estatais do litígio, e evidentemente há custos para sua manutenção, então os litigantes gozam de um subsídio financeiro dos cofres públicos para acessarem o serviço de adjudicação de conflitos fornecido pelo Poder Público às expensas da totalidade de contribuintes.

²⁸⁶ Por exemplo, somente nos últimos anos as cortes vêm reconhecendo, e ainda bastante timidamente, a necessidade da utilização inicial de vias alternativas à solução de litígios como condição de acesso ao Poder Judiciário. No âmbito dos litígios cotidianamente ajuizados nos juizados especiais cíveis, por exemplo, recentemente causou debate a decisão proferida em primeira instância por juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que vedou o

Esse desenho institucional do Poder Judiciário, próprio das reformas realizadas com o “Projeto de Florença”, acabou por transformar a solução de conflitos de um bem privado para o que a economia denomina de *recurso comum*, ou seja, aquela espécie de bem que, apesar de ser rival (isto é, seu consumo por uma pessoa afeta a capacidade de outra pessoa de consumi-lo), é não exclusivo (não há vedação de acesso).

E os recursos comuns estão sujeitos a um dilema bastante conhecido na ciência econômica, dilema esse que literalmente assume os contornos de uma tragédia²⁸⁷ e, por isso, recebeu o célebre nome de “Tragédia dos Comuns”, conforme feliz termo cunhado por GARRETT HARDIN²⁸⁸.

Em seu célebre artigo HARDIN também cunhou o exemplo que ilustra até hoje o que passou a ocorrer com o Poder Judiciário.

Ele cita uma determinada área rural, um pasto, por exemplo, que é aberto a todos.

É esperado que cada pastor de ovelhas tentará manter no pasto o maior rebanho que for possível, a fim de angariar, com seu gado, a maior quantidade de dinheiro que for possível.

Ocorre que tal organização pode funcionar bem durante anos, desde que o número de pastores seja bastante baixo. Todavia, com a estabilidade social, econômica e a diminuição de mortes violentas e doenças, o número de pastores – e ovelhas – aumenta e assim, no momento em que cada um deles busca colocar uma ovelha adicional naquele pasto, o excesso em seu uso acaba afetando a todos os demais pastores e, futuramente, a si mesmo.

Todavia, mesmo ciente disso, cada pastor possui o conhecimento de que, se ele não o fizer (*i.e.*, deixar de colocar o máximo de ovelhas possível) outro pastor o fará, e o resultado será idêntico, salvo que ele, particularmente, perdeu a oportunidade e assumiu todo o prejuízo e nenhum lucro, ao passo que o outro pastor capturará para si todos os benefícios.

No agregado de decisões, ao se verem diante desse dilema, *todos os pastores põem o máximo número de ovelhas possíveis* e a tragédia decorre da inevitabilidade de tal situação em que cada pastor está inexoravelmente preso em um sistema que o compele a aumentar seu rebanho sem limite, em um universo, contudo, que é assaz limitado.

acesso ao Poder Judiciário a consumidor que não havia primeiramente se socorrido da plataforma “Consumidor.gov” para solucionar conflito consumerista (Processo n.º 0301352-63.2017.8.24.0103).

²⁸⁷ Como afirma WHITEHEAD, citado por HARDIN, a tragédia não se caracteriza pela infelicidade, mas sim pela inevitabilidade do destino, pela futilidade das tentativas do protagonista de escapar de um drama no qual, ao final, inevitavelmente cairá.

²⁸⁸ The Tragedy of the Commons. *Science*. Vol. 162, n.º 3859, 1968.

A mesma tragédia ocorre com o Poder Judiciário²⁸⁹.

A estrutura – física, humana, etc. – desse órgão estatal é limitada, finita.

Um dado magistrado (apenas para centrar a fala na cabeça da unidade judiciária, a quem foi dada a competência exclusiva para solução de conflitos através da adjudicação, pela CF/88) somente pode julgar um número n de processos a cada unidade de tempo t .

Por outro lado, não havendo limitação de acesso e mais, havendo um subsídio do Estado para que a população *efetivamente* se valha desse recurso comum, ocorre a situação em que cada medida tendente a ampliar o chamado “acesso à justiça” acaba na verdade vedando o próprio acesso à *justiça*²⁹⁰.

Em outras palavras, garante-se o acesso ao “protocolo do Fórum”, mas pelo excedente de litígios em tramitação em um universo limitado para sua solução (a estrutura judiciária, já com significativos recursos destinados para sua manutenção), retira-se de todos os cidadãos o bem desejado, que é a tutela de direitos²⁹¹.

Conforme afirma REX E. LEE, os subsídios dados ao litígio pelo Estado cria um cenário de tal modo absurdo que se assemelharia à grotesca hipótese em que um governo, ao mesmo tempo em que exigisse anúncios em maços de cigarro acerca dos malefícios à saúde do tabaco e da nicotina, e investisse vultuosas somas em propagandas e advertências contra o consumo do cigarro, subsidiasse, ao mesmo tempo, a produção de tabaco²⁹².

As consequências que essa norma jurídica aparenta gerar, na mesma toada, é uma situação em que litigar, no sistema dos juizados especiais cíveis, entrar com uma ação, levar o

²⁸⁹ Apelidada por GICO JR., com base no célebre artigo da década de 60, de “A Tragédia do Judiciário”.

²⁹⁰ Em espectro maior, por tratar da gratuidade de acesso à justiça como um todo e não só nos juizados especiais cíveis, a igual conclusão chegaram GUILHERME DA COSTA FERREIRA PIGNANELI e OKSANDRO GONÇALVES, em recente artigo científico tratando do tema (Análise Econômica da gratuidade da justiça: do amplo acesso à justiça à crise do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 26, n.º 103, 2018). Na oportunidade, em que pese esses autores tenham sido mais incisivos ao estabelecerem relação de causa e efeito entre a gratuidade e a crise do Poder Judiciário – o que não é o caso deste trabalho, em que a modelagem e os dados empíricos demonstram uma correlação, sem dúvida, mas sem a segurança para estabelecer relações de causalidade em si, servindo a análise teórica e empírica como mais uma contribuição ao todo – as conclusões são assaz similares.

²⁹¹ SÉRGIO CRUZ ARENHART já observou essa confusão muitas vezes realizada entre o acesso à justiça e o mero protocolo de um pedido no Poder Judiciário, asseverando que, se a garantia de acesso ao Judiciário tivesse de ser acolhida em sua literalidade, *i.e.*, como o direito de levar ao conhecimento do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, haveria pouco ou nenhum uso para essa previsão, uma vez que de nada serviria o acesso se a resposta em si do órgão estatal não for útil, eficaz, tempestiva e adequada, por estar ele, *e.g.*, assoberbado de demandas (**A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015. p.38).

²⁹² The American Courts as Public Goods: who should pay the costs of litigation. **Catholic University Law Review**. Vol. 34, n.º 2, 1985. p. 267.

conflito de interesses ao Poder Judiciário, é mais vantajoso do que jogar na loteria, uma vez que nesse último caso a despesa com o bilhete de aposta ainda há de ser paga.

Porém, ainda que se trate não somente da propositura do litígio em si, mas também da permanência da litigância pelo requerido, o resultado da modelagem com a norma jurídica em questão poderá gerar efeitos negativos sobre o aparato judicial.

Isso porque, como se viu, reduzindo-se os custos do litígio, pronunciam-se os custos do acordo propriamente ditos e os custos de oportunidade do réu para com o capital destinado à quitação do julgamento.

Ora, se para ele permanecer litigando não for dispendioso o suficiente, o tempo que ele demorará para arcar com a condenação – por volta de 4 anos, como se viu na introdução do trabalho – talvez, ainda que com o pagamento dos ditos “juros legais” e da “correção monetária”, seja mais vantajoso manter-se litigando.

Portanto, a modelagem da decisão dos litigantes quando em união a uma norma jurídica inteiramente voltada a subsidiar a litigância, somadas a outras questões não afeitas à gratuidade em si, mas aos próprios litigantes (como o viés otimista) ou ao sistema jurídico brasileiro (a ausência de investimento no capital jurídico), podem ser capazes de explicar o volume de litígios que asoberba os juizados especiais cíveis em todo País.

O cenário de tragédia se amplia quando, ao se observarem as características do desenho institucional dos juizados – em que é de se cogitar ser menor a formação de precedentes vinculantes²⁹³ do que os demais ramos do Poder Judiciário (não sendo o objeto deste trabalho; essa é apenas uma conjectura) – os benefícios sociais do litígio podem ser ainda mais reduzidos e a solução de conflitos se prestar exclusivamente ao interesse das partes, que gozam, repita-se, de subsídio estatal para tanto.

Inclusive, é possível que tais circunstâncias sejam capazes de se sobrepor até mesmo a outros fatores que diminuiriam a litigância, como a aversão ao risco ou a morosidade do judiciário, adquirindo peso maior pela retroalimentação de uma pela outra²⁹⁴.

²⁹³ Acredita-se inclusive que em um ambiente de baixa difusão de informação, até mesmo os precedentes meramente persuasivos deixam de ser formados neste cenário dos juizados especiais cíveis, uma vez que não se tem notícia da capacidade de permeabilidade informacional das decisões das Turmas Recursais e dos juízes singulares, o que, consequentemente, extrai do litígio os seus benefícios sociais, tornando cada ação nesse sistema ainda menos útil sob a ótica da sociedade, com a extração integral dos benefícios privados e a pulverização praticamente total dos custos do litígio para a coletividade.

²⁹⁴ A similares conclusões chegaram BRUNO SALAMA, DANILO CARLOTTI e LUCIANA YEUNG em recente pesquisa, de janeiro de 2019, que, apesar de tratar da Justiça do Trabalho e não do sistema dos juizados especiais cíveis,

Dessa forma, a expectativa da modelagem formulada para a decisão de litigar *vs.* “acordar” (da qual, ao fim e ao cabo, também se depreende a modelagem da decisão de ingressar com a ação ou não), quando se reduz sensivelmente a variável custo do litígio para ambas as partes, transformando o conflito de interesses de bem privado em recurso comum *subsidiado* é o de se reduzir o interesse pela autocomposição e o recurso a meios alternativos de solução de litígios, *por ambas as partes*, aumentando-se o número de ações propostas, com a mitigação do benefício social do litígio, que passa a ser utilizado exclusivamente para os interesses particulares dos usuários²⁹⁵.

5.3. A PESQUISA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DE VITÓRIA/ES.

Este trabalho contou com a realização de duas pesquisas de levantamento de dados.

A primeira pesquisa, essa de caráter qualitativo, buscava a realização de um *survey*, através de entrevistas nas unidades judiciárias do 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 8º e 9º Juizados Especiais Cíveis de Vitória, capital do Estado do Espírito Santo, no período compreendido entre 15 a 29 de agosto de 2017²⁹⁶.

A entrevista em si consistia na resposta a uma bateria de perguntas, primeiramente de perfil pessoal (sexo, escolaridade, renda familiar, etc.) e depois envolvendo as motivações e as expectativas com o sistema dos juizados especiais.

As entrevistas foram realizadas exclusivamente com partes autoras que se encontravam na antessala das unidades judiciárias, aguardando para a primeira audiência (a audiência

afirmaram que pelas diferenças de custos de oportunidade, tanto para empresa quanto para o empregado reclamante, vale a pena seguir litigando em vez de fazer um acordo, pois os custos de litigar (advogados, custas, etc.) são baixos. E isso, evidentemente, às expensas dos contribuintes, na forma de tributos (**Quando litigar vale mais a pena do que fazer acordo: os grandes litigantes na Justiça Trabalhista**. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/LitigarXFazer-Acordo-Justica-Trabalhi-sta.pdf>>. Acesso em 7 de março de 2019).

²⁹⁵ Importante destacar que o próprio CNJ, em uma de suas pesquisas, já identificou esse fenômeno, afirmando que “os usuários do Judiciário são agentes racionais que têm variadas motivações para litigar: ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco; a busca de um ganho; busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e a percepção de ter sido lesado, moral ou fisicamente. Dentre todas essas motivações, sobressaem-se em muito, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos” (**Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc-1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2019). Como se verá a seguir, resultados bastante similares podem ser extraídos da pesquisa realizada neste trabalho.

²⁹⁶ O que limitou a possibilidade de randomização da amostra, podendo, evidentemente, influenciar nos resultados finais da pesquisa. Restrição essa que se reconhece e, em homenagem à transparência, desde já se informa ao leitor.

de conciliação). As partes foram entrevistadas isoladamente da presença de seus advogados. Não foram entrevistadas partes requeridas e tampouco litigantes que já se encontravam em fase de audiência de instrução e julgamento.

Ao todo foram realizadas 392 entrevistas²⁹⁷, atendendo-se a critérios estatísticos de amostragem²⁹⁸.

A exposição das perguntas será descrita abaixo, já conjuntamente com os resultados.

A segunda delas, de caráter complementar à primeira, foi um simples levantamento quantitativo junto à Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Sua abrangência não foi exclusivamente as unidades acima, mas todo o Estado.

Seu objeto foi o de apurar alguns dados numéricos acerca do perfil da litigância no sistema buscado. Aqui não houve a necessidade de análise estatística por amostragem, uma vez que a totalidade do universo de processos pôde ser trazida à análise.

Basicamente, o objetivo do levantamento estritamente quantitativo foi de descobrir, em percentuais exatos, a natureza e a extensão da influência dos custos do litígio tanto na decisão de litigar e, aproveitando-se da facilidade no levantamento de dados somente numéricos, na de recorrer (apenas *en passant*).

Ademais, buscou-se verificar o comportamento judicial de grandes litigantes nos juizados especiais.

²⁹⁷ Tal número foi obtido com a finalidade de se obter uma margem de erro na pesquisa no máximo de 4,9% e um nível de confiança de 95%, estimando-se, aproximadamente, segundo números obtidos individualmente de cada uma das unidades judiciárias, um total de 19.000 partes envolvidas em processos nos juizados especiais cíveis de Vitória, com a aplicação das seguintes fórmulas:

$$n = \frac{n_0}{1 + (n_0 - 1) / N}$$

Onde N_0 é dado por

$$n_0 = \frac{\left[z_{\alpha/2} \right]^2 \hat{p} \hat{q}}{E^2}$$

Onde “N” representa o tamanho da população, “ \hat{p} ” a proporção amostral de x sucessos em uma amostra de tamanho n , “ \hat{q} ” a proporção amostral de x fracassos em uma amostra de tamanho n , “ $z_{\alpha/2}$ ” o valor crítico que corresponde ao nível de confiança desejado, “E” o erro de estimação (margem de erro) e n o tamanho da amostra.

²⁹⁸ TRIOLA, Mário F. **Introdução à Estatística**. 10ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

Para tanto, dados foram levantados no período compreendido entre agosto de 2015 a agosto de 2017 que indicassem quem eram os grandes litigantes do sistema dos juizados especiais cíveis e como se dava o comportamento judicial das ações envolvendo-os (havia pactuação de acordo, o pedido era julgado procedente, improcedente, etc.).

Com relação à totalidade de ações a busca foi estritamente visando responder aos seguintes questionamentos: *i*) percentual de iniciais ajuizadas com patrocínio de advogado; *ii*) percentual de sentenças que foram objeto de recurso inominado; *iii*) perfil do recorrente (*i.e.*, se pessoa natural ou jurídica); *iv*) percentual de recursos que foram interpostos sob o beneplácito da assistência judiciária gratuita; e *v*) percentual de recursos providos (e, se possível, quantos dentre aqueles com assistência judiciária gratuita foram ou não providos).

Esta subseção do capítulo será dividida em duas etapas. Primeiramente serão expostos os resultados das pesquisas e, em seguida, serão realizados os comentários que se reputa adequados, de acordo com a modelagem realizada no capítulo anterior e sua confrontação com a norma jurídica apresentada neste capítulo, a fim de se verificar qual (ou quais) as previsões do modelo se confirmaram ou não, bem como as explicações que sejam possíveis em cada caso.

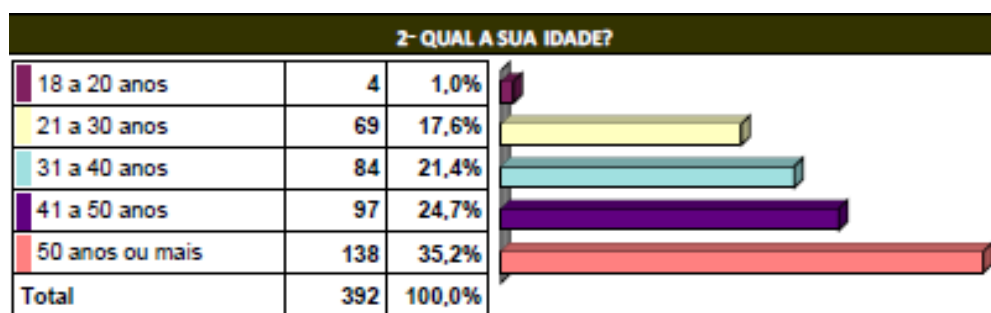
5.3.1. Apresentação dos resultados.

Durante a pesquisa qualitativa (*survey*), as primeiras perguntas realizadas aos entrevistados foram com o objetivo de conhecer seu perfil.

Primeiramente, dos 392 entrevistados, 51,3% se declararam do sexo feminino, ao passo que 48,7%, do sexo masculino.

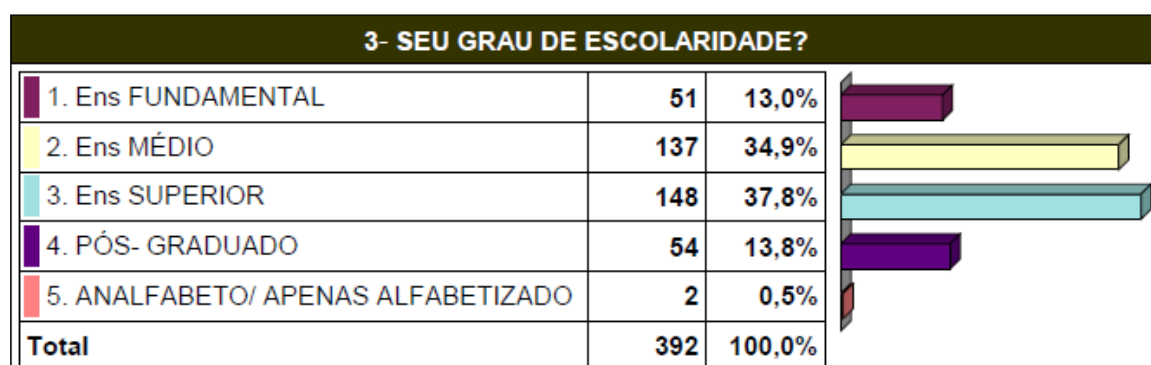
No tocante ao perfil etário, a maior faixa representada foi de idade superior a cinquenta anos, como se verifica do gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Faixa etária dos entrevistados



Outros dois dados relevantes obtidos das perguntas introdutórias foram as respostas dadas às questões que envolviam o grau de escolaridade e a renda familiar do entrevistado.

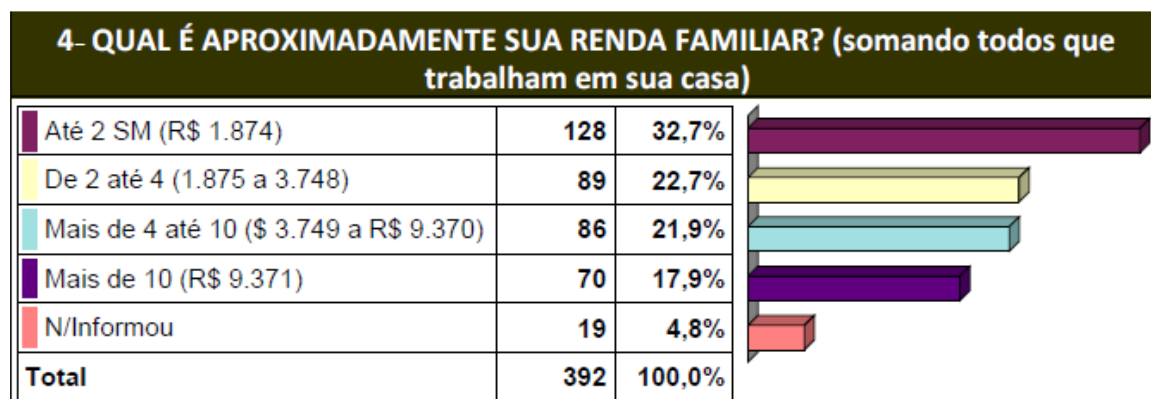
Gráfico 2 – Grau de escolaridade dos entrevistados



Se vê assim que a maioria dos entrevistados (51,6%) possuíam ao menos o ensino superior completo.

No tocante à renda familiar, é possível também verificar que a maioria dos entrevistados (62,5%) são, ao menos, de baixa classe média, segundo os critérios da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), do Governo Federal (renda familiar de até R\$1.764,00):

Gráfico 3 – Renda familiar declarada dos entrevistados



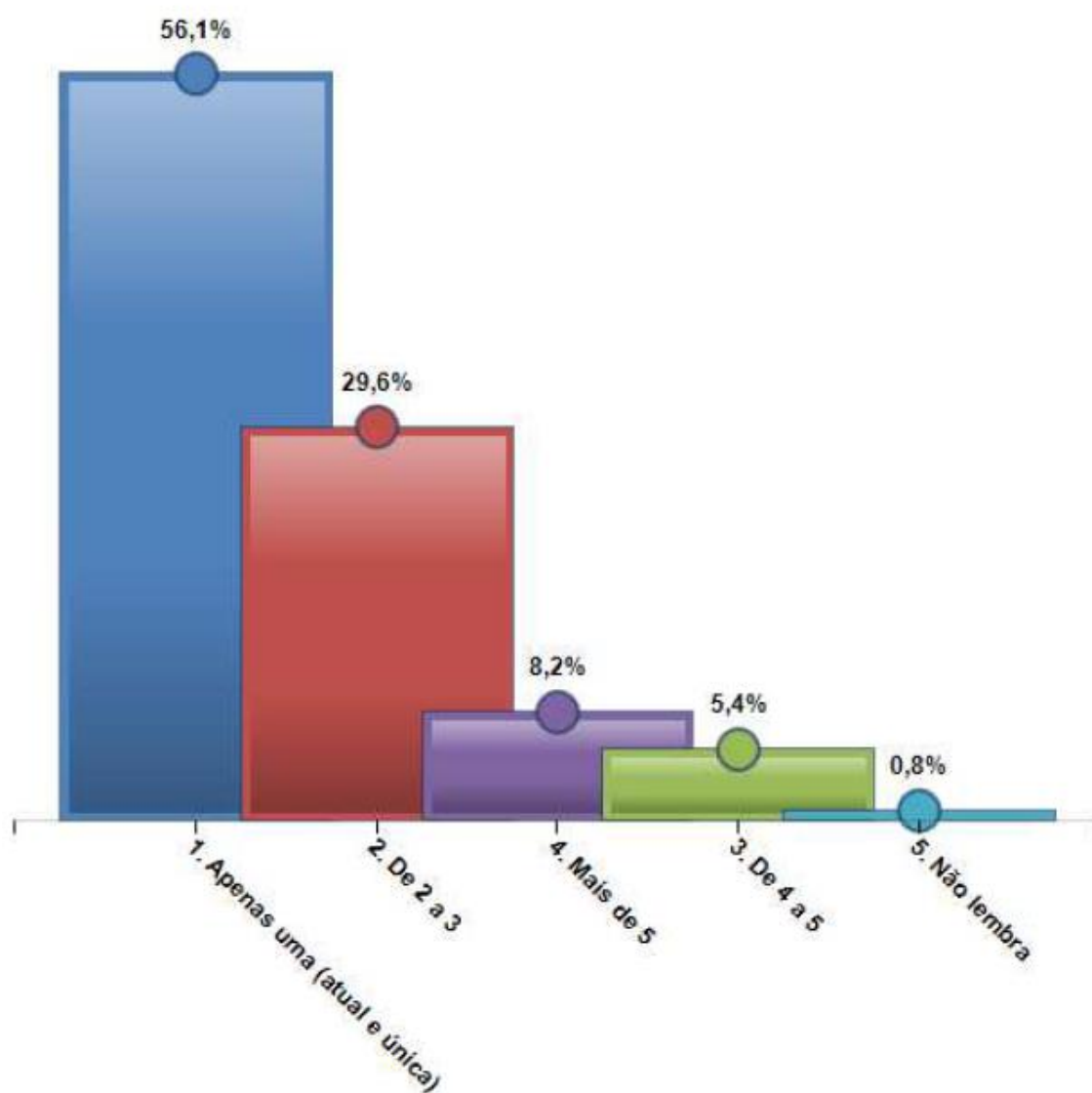
A próxima pergunta realizada para os entrevistados visava verificar se, em caráter individual, a redução dos custos do litígio também gerava incentivos para a propositura, pela mesma pessoa, de várias ações.

Os respondentes, em sua maioria (56,1%) informaram que realmente só possuem uma única ação – aquela para a qual se encontravam às vésperas da audiência de conciliação – ao passo que 29,6% (universo de 116 pessoas) têm duas ou três ações, enquanto que 13,6% (representando 53 entrevistados) possuem quatro ou mais ações.

Vide o gráfico representativo a seguir:

Gráfico 4 – Número de ações por entrevistado

1. Apenas uma (atual e única)	220	56,1%
2. De 2 a 3	116	29,6%
4. Mais de 5	32	8,2%
3. De 4 a 5	21	5,4%
5. Não lembra	3	0,8%
Total	392	100,0%



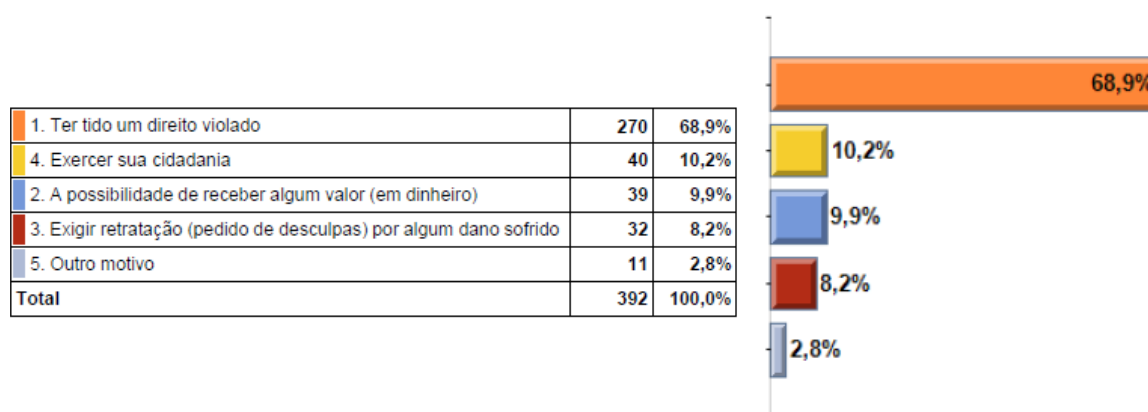
O próximo questionamento buscava, segundo a percepção do próprio respondente, qual era a motivação que o havia levado aos juizados especiais naquela oportunidade, a fim de

se realizar, nas perguntas posteriores, uma espécie de “controle de propósitos”, como se verá a seguir.

As possibilidades de resposta eram “ter tido um direito violado”, “exercer sua cidadania”, “a possibilidade de receber algum valor (em dinheiro)”, “exigir retratação (pedido de desculpas) por algum dano sofrido e “outro motivo”.

Os resultados abaixo exibem que a esmagadora maioria dos entrevistados acredita ter tido um direito violado como o principal motivo de busca aos juizados especiais:

Gráfico 5 – O motivo do litígio segundo a percepção do entrevistado



A próxima pergunta buscava descobrir não o motivo do litígio, mas basicamente seu objeto. O que o entrevistado buscava com a ação proposta.

As opções ao respondente eram a “solução de algum problema de seu cotidiano”, “receber uma compensação financeira”, “sensação de contribuir com a Justiça (ainda que você perca a causa)”, “o pedido de desculpas da parte contrária” ou “outra”, facultando-se ainda, no caso vertente, a possibilidade de a parte sequer saber responder o objeto que efetivamente a levou ao sistema.

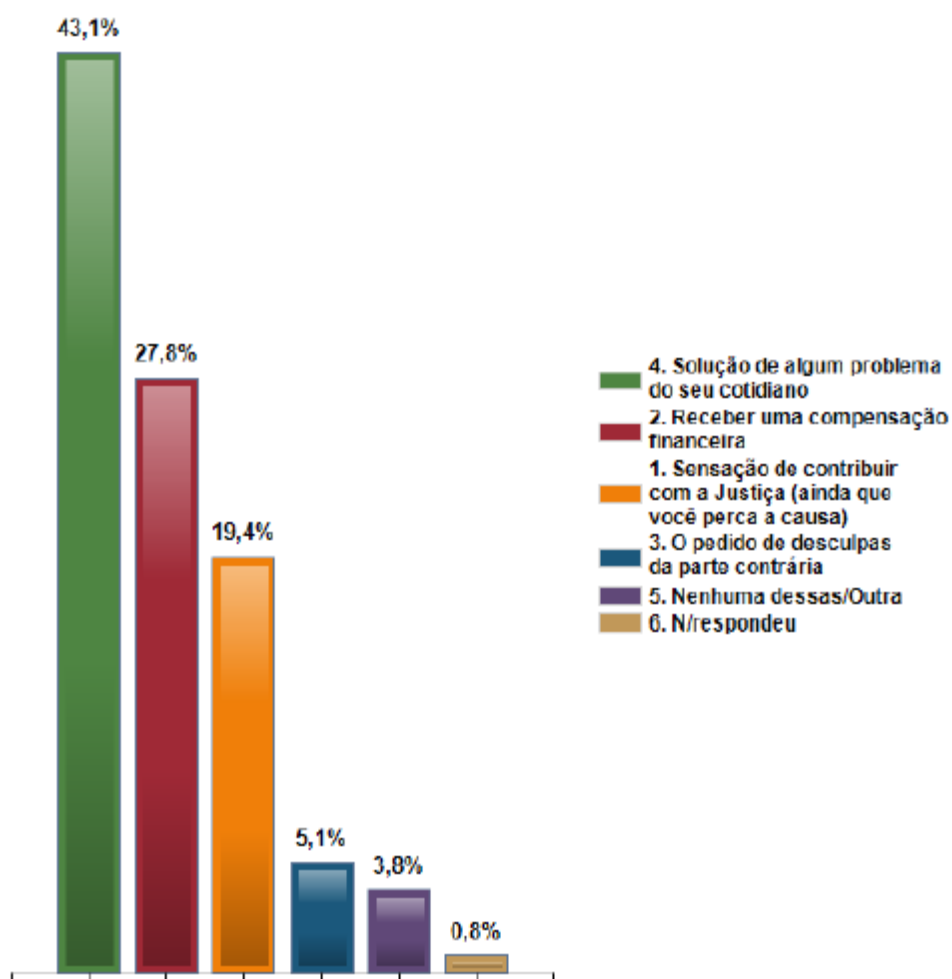
Uma vez mais, como toda pesquisa qualitativa desse gênero, o que se obtém é apenas a percepção individual do entrevistado, de maneira que os resultados podem parecer, à primeira vista, peculiares. Todavia, como se verá adiante, foram feitas perguntas a fim de testar as assertivas dos entrevistados.

No particular dessa questão, 43,1% dos entrevistados (169 pessoas) entendeu que o seu objeto era de resolver questões do cotidiano, ao passo que 109 respondentes (27,8%) disseram estar em busca de uma compensação financeira e, em terceiro lugar, 76 pessoas (19,4%) disseram que ali se encontravam com o objetivo exclusivo de contribuir com a Justiça e, por isso, se veriam atendidos ainda que perdessem a causa.

Em representação gráfica:

Gráfico 6 – O objetivo do litígio segundo a percepção do entrevistado:

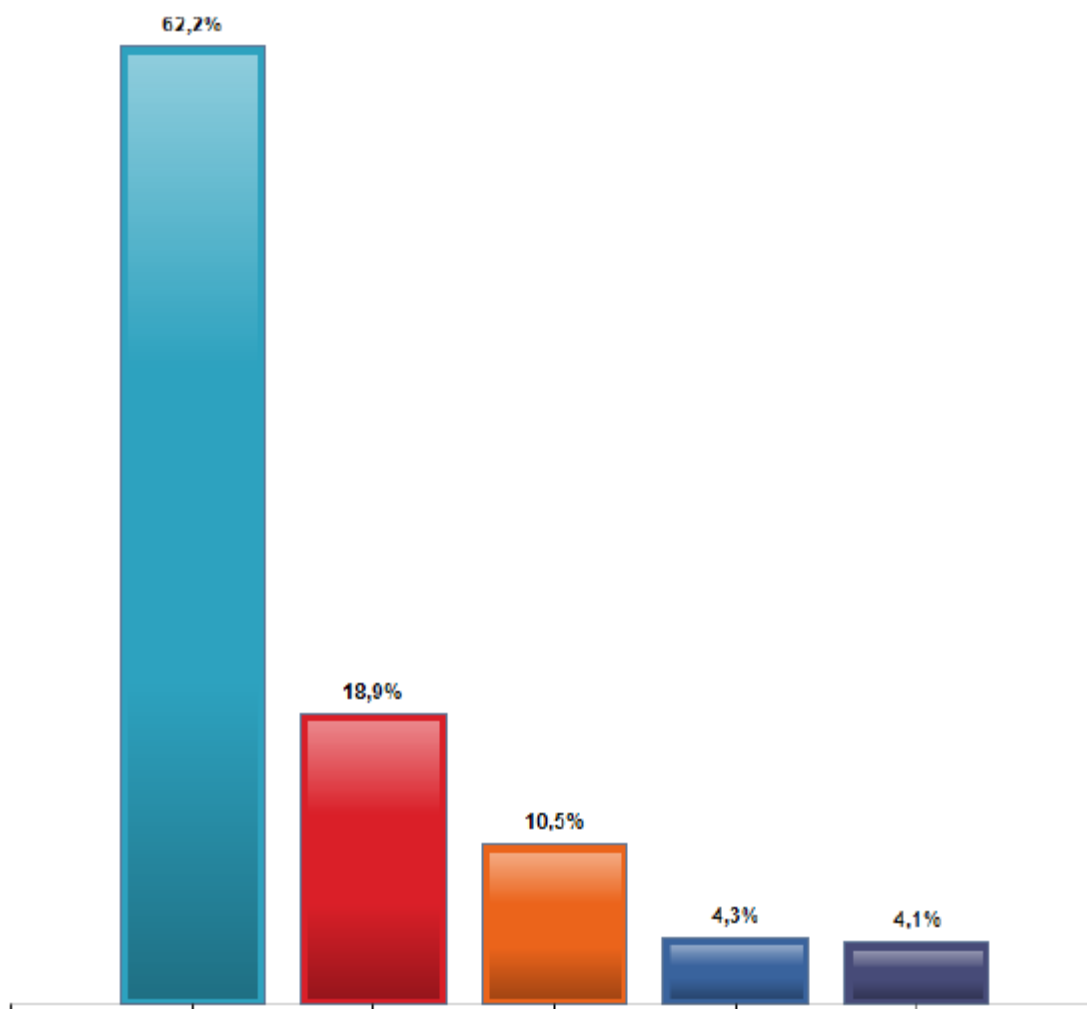
4. Solução de algum problema do seu cotidiano	169	43,1%
2. Receber uma compensação financeira	109	27,8%
1. Sensação de contribuir com a Justiça (ainda que você perca a causa)	76	19,4%
3. O pedido de desculpas da parte contrária	20	5,1%
5. Nenhuma dessas/Outra	15	3,8%
6. N/respondeu	3	0,8%
Total	392	100,0%



A próxima pergunta visa testar o otimismo da parte autora com relação ao seu grau de êxito na empreitada judicial, testando assim a hipótese de um excesso de otimismo por parte dos litigantes.

Gráfico 7 – O grau de otimismo do entrevistado com o êxito do litígio:

1. Acima de 90%	244	62,2%
2. Entre 70% e 90%	74	18,9%
3. Entre 50% e 70%	41	10,5%
4. Menos de 50%	17	4,3%
5. NS/NR	16	4,1%
Total	392	100,0%



Como era esperado, apenas 4,3% dos entrevistados (17 pessoas) acreditam que têm mais chances de perder do que ganhar com o litígio.

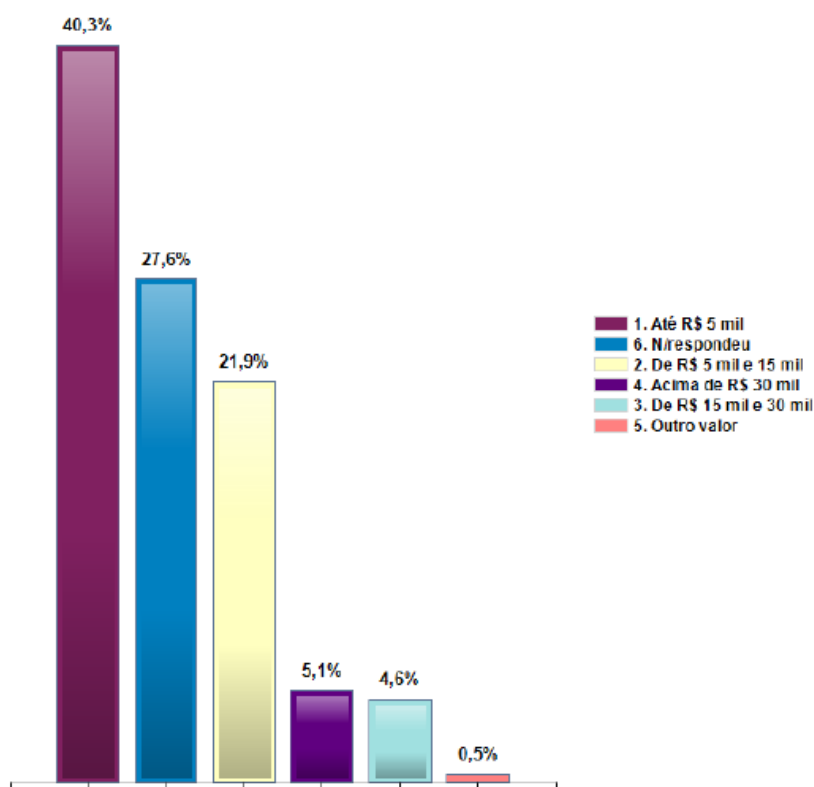
Por outro lado, se for possível traçar uma linha “otimista” em 70% de chance de vitória, é possível dizer que a esmagadora maioria dos respondentes – 81,1% deles, ou 318 dos 392 do universo da amostra – são verdadeiramente otimistas, sendo que dentre os otimistas, 76,72% acreditam que possuem mais de 90% de chance em sua pretensão.

Prosseguindo a pesquisa, os entrevistados foram questionados quanto esperam receber, *em dinheiro*, como resultado do litígio. As respostas possíveis eram de até 5 mil reais, de 5 mil a 15 mil reais, de 15 mil a 30 mil reais e acima deste valor, facultando-se ainda a parte a responder “outro valor” ou nenhuma resposta.

Isso porque, se a compensação financeira, como visto no Gráfico 6, era o objetivo somente de 27,8% dos entrevistados, era esperado algum quantitativo de “nenhuma resposta”. Os resultados foram exatamente nesse sentido:

Gráfico 8 – O valor do julgamento esperado pelo entrevistado:

1. Até R\$ 5 mil	158	40,3%
6. N/ respondeu	108	27,6%
2. De R\$ 5 mil e 15 mil	86	21,9%
4. Acima de R\$ 30 mil	20	5,1%
3. De R\$ 15 mil e 30 mil	18	4,6%
5. Outro valor	2	0,5%
Total	392	100,0%



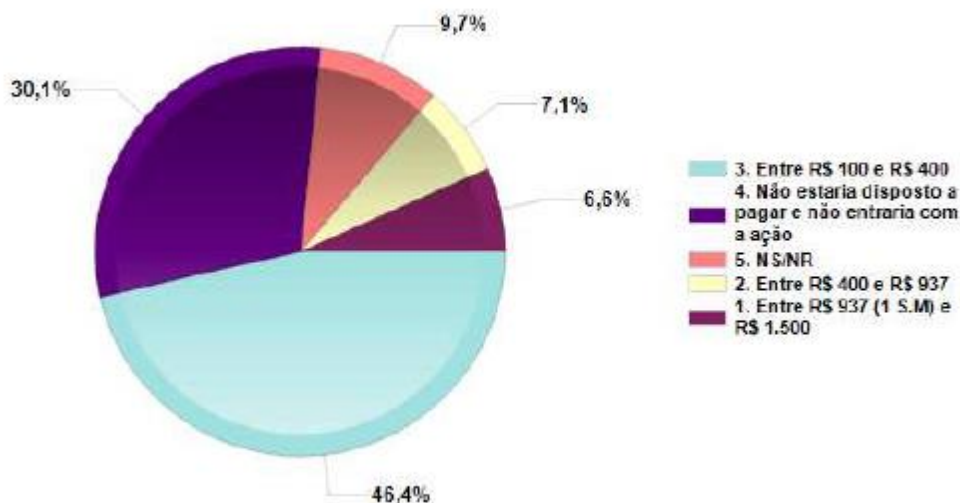
Em seguida, questionou-se aos entrevistados a primeira pergunta relativa aos custos do litígio, iniciando-se com os custos referentes ao aparato estatal si. Após serem eles informados (a fim de se assegurar um nivelamento informacional) de que o ingresso com ação nos juizados especiais era isento de despesas, fora perguntado se a situação fosse diferente, isto é, se eles tivessem que pagar algum valor, até quanto aceitariam arcar com despesas de ingresso se fosse necessário.

As respostas possíveis variaram entre “nada” (*i.e.*, a parte não pagaria e não entraria com a ação) e de R\$100,00 até o extremo de R\$1.500,00.

Eis os resultados:

Gráfico 9 – O valor máximo de despesas de ingresso admitido pelo entrevistado:

3. Entre R\$ 100 e R\$ 400	182	46,4%
4. Não estaria disposto a pagar e não entraria com a ação	118	30,1%
5. NS/NR	38	9,7%
2. Entre R\$ 400 e R\$ 937	28	7,1%
1. Entre R\$ 937 (1 S.M) e R\$ 1.500	26	6,6%
Total	392	100,0%



O objetivo desta pergunta foi o de efetivamente testar a importância das custas para além das respostas enunciadas, mas pelos comportamentos manifestados pelo somatório de respostas dos entrevistados, bem como de verificar se a modelagem apresentada, em cotejo com o

valor esperados dos julgados (Gráfico 8) e o otimismo dos requerentes (Gráfico 7) encontraria aqui ressonância.

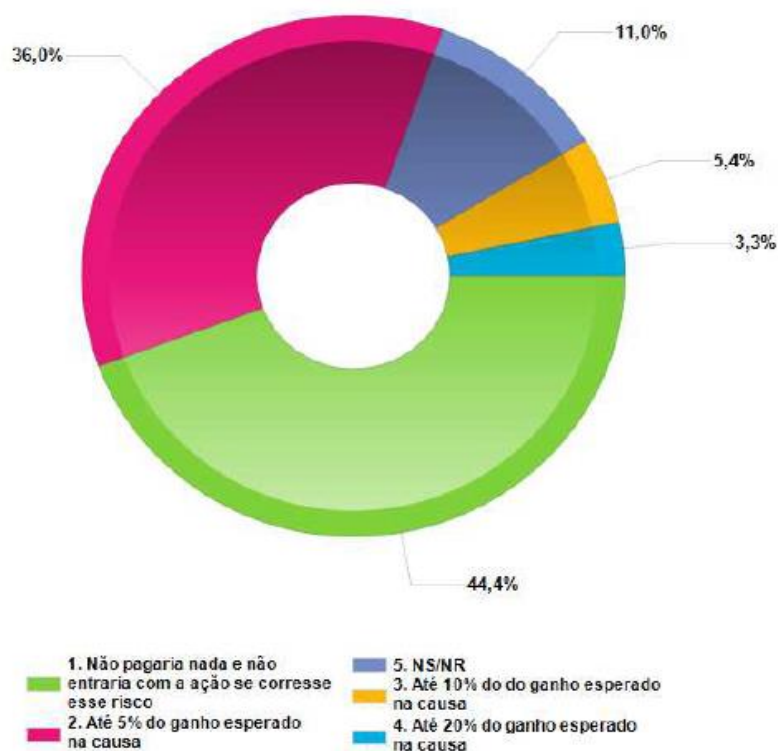
Ainda sobre a questão dos custos do litígio, buscou também testar a hipótese de uma preferência evidenciada por pagar ao Estado em relação a entregar qualquer quantia à parte contrária (na forma de algum encargo de sucumbência qualquer)²⁹⁹, a fim de se observar se a parte requerente ostenta resistência igual às custas estatais em relação a pagar um valor ao seu adversário, mas apenas em caso de derrota.

Para tanto, se questionou aos entrevistados se, na hipótese de um ingresso gratuito no sistema dos juizados, houvesse, apenas em caso de derrota, a necessidade de pagar algum valor à parte contrária, qual seria a postura do respondente, que poderia ser desde “não pagaria nada e não entraria com a ação se corresse esse risco” a um percentual sobre o valor da causa.

²⁹⁹ Ou, se se adotasse a análise da economia comportamental, um “efeito de modulação” (*framing decision*) no sentido de que as custas estatais não seriam uma “perda”, mas um investimento, ao passo que o pagamento de verbas sucumbenciais seria uma “perda” e, portanto, menos preferida.

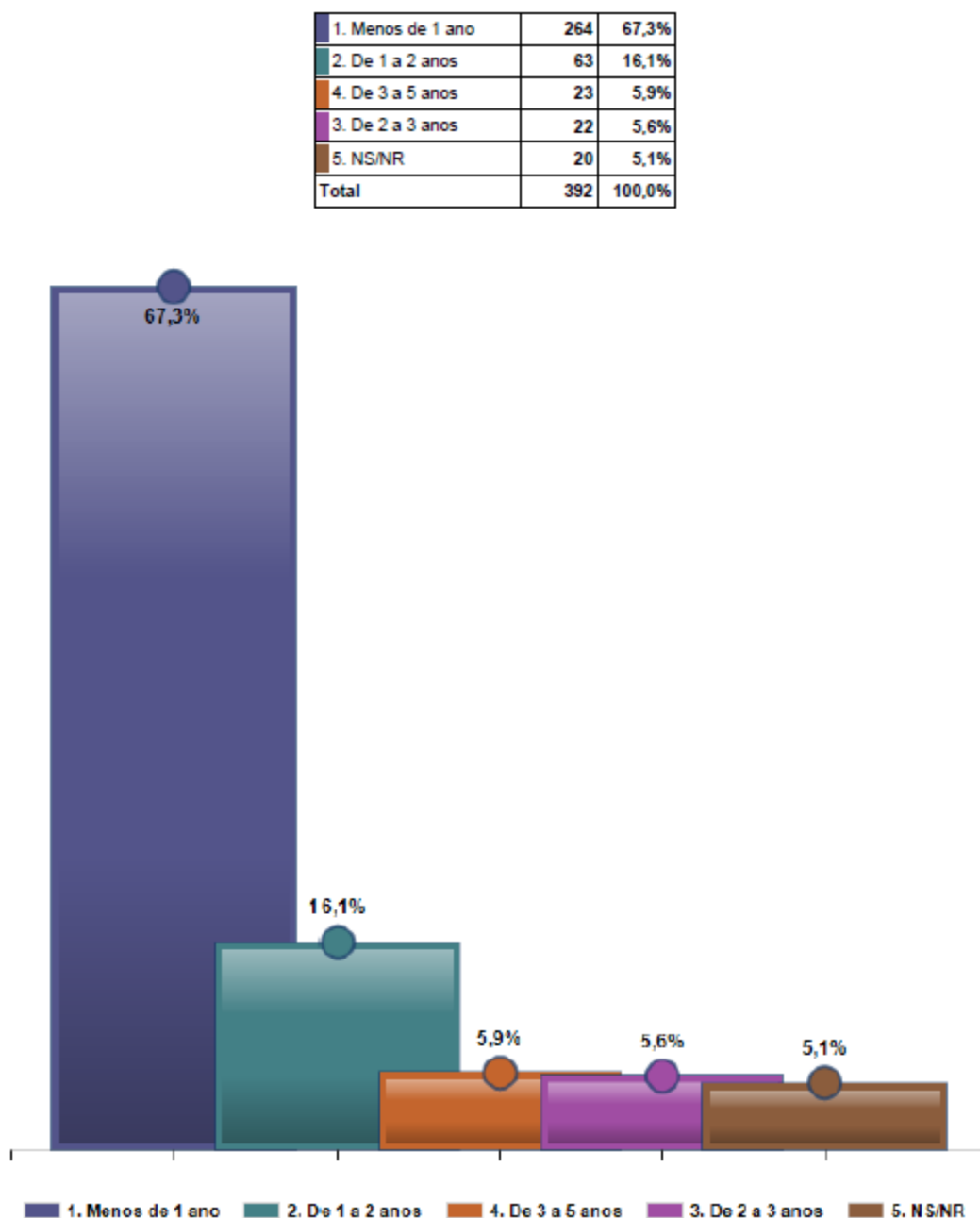
Gráfico 10 – O valor máximo de verbas sucumbenciais admitida pelo entrevistado:

1. Não pagaria nada e não entraria com a ação se corresse esse risco	174	44,4%
2. Até 5% do ganho esperado na causa	141	36,0%
5. NS/NR	43	11,0%
3. Até 10% do do ganho esperado na causa	21	5,4%
4. Até 20% do ganho esperado na causa	13	3,3%
Total	392	100,0%



Outro questionamento testou a expectativa das partes com relação ao tempo de solução definitiva do litígio, inclusive esclarecendo que, por “definitivo”, queria-se dizer o efetivo recebimento do valor esperado do julgamento, conforme já respondido anteriormente pelo entrevistado.

Gráfico 11 – Tempo de solução do litígio estimado pelo entrevistado:

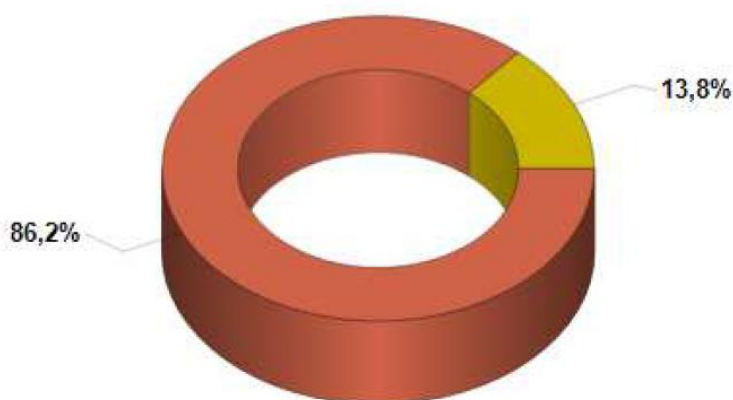


Já finalizando o questionário realizado, fora perguntado ao entrevistado, de modo a prepará-lo para a pergunta seguinte, se ele possuía conhecimento de que há outros órgãos estatais com atribuição para solução de diversos problemas costumeiramente levados ao sistema dos juizados especiais cíveis, tais como o PROCON e as agências reguladoras.

Essa pergunta foi estimulada, de forma que ele somente poderia responder “sim” ou “não”, e os resultados foram os seguintes:

Gráfico 12 – Conhecimento do entrevistado sobre as agências reguladoras:

1. SIM	338	86,2%
2. NÃO	54	13,8%
Total	392	100,0%



Como se verifica, a esmagadora maioria dos entrevistados (86,2%) respondeu assertivamente à pergunta.

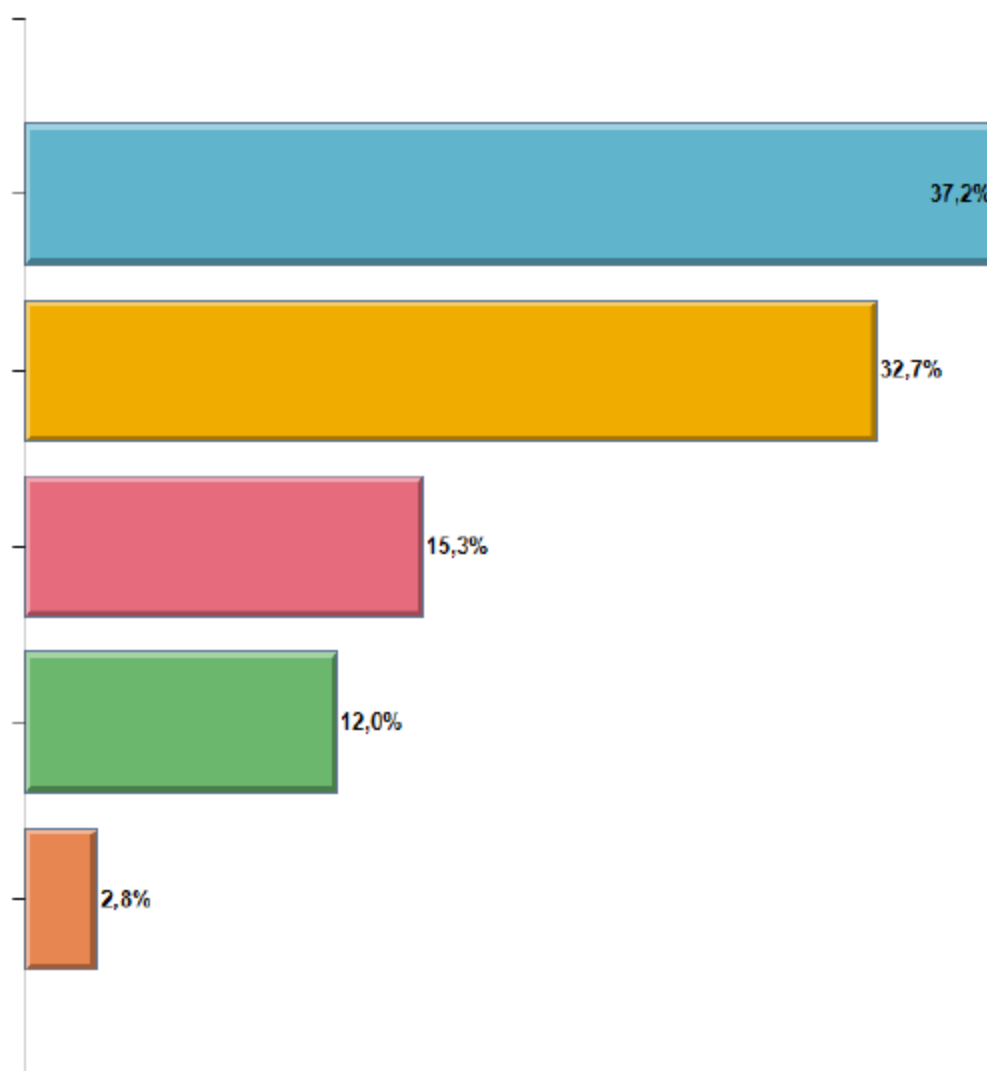
A pergunta subsequente a essa visava saber o porquê do entrevistado, ciente de tal fato, não buscou diretamente o órgão do Poder Executivo para a solução do conflito de interesses, uma vez que, na linguagem econômica, o serviço por eles prestado é um *substituto*, mais ou menos imperfeito, conforme o caso, para a atividade jurisdicional em vários casos levados aos juizados especiais.

As respostas possíveis aos entrevistados iniciavam por “não, pois não valeria o esforço para não receber nada em retorno”, “não, por qualquer outra razão” (o que poderia levar à conclusão de uma falta de confiança no serviço, em uma morosidade maior esperada, em uma falta de resolutividade ou inúmeras outras razões), “sim, pois não busco receber valores em dinheiro ao acionar a justiça, apenas resolver um problema”, “sim, por qualquer outra razão” ou “não respondeu”.

Os resultados encontram-se graficamente expostos abaixo:

Gráfico 13 – Juizados Especiais Cíveis vs. Meios Extrajudiciários de Solução de Conflitos:

2. NÃO, por qualquer outra razão	146	37,2%
1. NÃO, pois não valeria o esforço para não receber nada em retorno	128	32,7%
3. SIM, pois não busco receber valores em dinheiro ao acionar a Justiça, apenas resolver um problema	60	15,3%
4. SIM, por qualquer outra razão	47	12,0%
5. NS/NR	11	2,8%
Total	392	100,0%

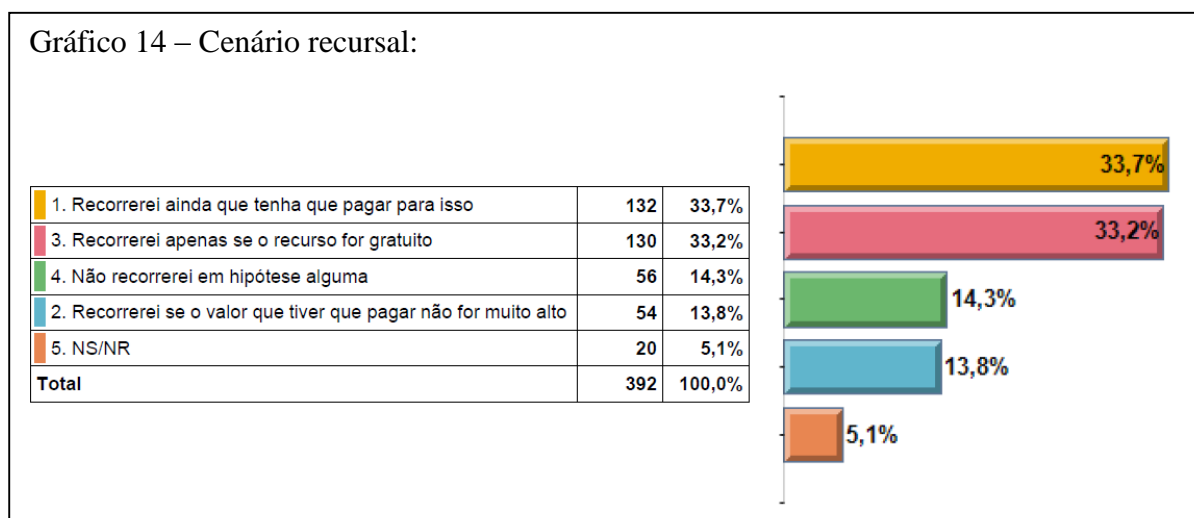


Por fim, apenas com o fulcro de testar um último cenário acerca dos custos do litígio, já em grau recursal (onde esses podem incidir em maior medida no campo dos juizados

especiais), questionou-se ao entrevistado se, na hipótese de não lograr êxito em sua pretensão, ele pretenderia recorrer da decisão judicial de primeiro grau.

Na oportunidade, possibilitou-se ao entrevistado responder se somente recorreria na gratuidade ou se aceitaria pagar por isso e, nessa última hipótese, se possui alguma resistência ao quanto a ser pago.

Os resultados são os seguintes:



Esse questionamento põe fim aos resultados da pesquisa qualitativa.

No tocante à pesquisa numérica, os resultados obtidos – lembrando-se que o período a que eles se refere, agosto de 2015 a agosto de 2017, bem como a abrangência geográfica, todo o Estado do Espírito Santo, é diferente da pesquisa qualitativa – foram também interessantes.

Em primeiro lugar, no período indicado, segundo informações obtidas da Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, foram propostas ao total 251.931 novas ações no sistema dos juizados especiais cíveis.

Dessas, 193.713 contaram com advogado cadastrado para a parte autora, ou seja, 76% do total.

Do total de ações, 18% (38.253) foram objeto de recurso inominado, sendo que, do volume em questão, 6.584 foram interpostos por pessoas jurídicas (17%) e 31.669 por pessoas naturais (82%).

Infelizmente, o sistema do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, segundo a sua Coordenadoria dos Juizados Especiais, não possibilita a verificação de qual percentual

dos recursos inominados foram interpostos com o benefício da justiça gratuita ou não, o que impediu o aprofundamento da pesquisa, neste particular.

Por fim, do total de recursos inominados interpostos, apenas 1.413 foram providos, ou seja, 3,69% do total.

Acerca dos litigantes habituais, assim classificados, em linha bastante gerais, como Bancos e outras instituições financeiras, empresas prestadoras de serviço de telefonia fixa e celular e TV por assinatura, Companhias aéreas, Planos de saúde, Seguradoras, Concessionárias de Serviço Público, Construtoras e Imobiliárias e Consórcios, do total de ações propostas no período (251.931), 46.560 litígios tinham qualquer um desses no polo passivo³⁰⁰, ou, em outras palavras, 18,48% do total de ações.

O índice de julgamento de procedência do pedido autoral (incluindo-se a procedência em parte) foi de 55,72% das ações, sendo que os requeridos classificados na categoria de “Linhas Aéreas” são os principais vencidos, com 77,4% dos julgamentos proferidos em seu desfavor, seguidos de perto dos Consórcios, com 74,7% de derrotas.

O índice do julgamento de improcedência do pedido autoral foi de 29,25%, sendo que os requeridos classificados na categoria de “Bancos e outras instituições financeiras” são os principais vencedores, com 61,1% dos pedidos feitos contra si negados, seguidos, mas não de perto, pelas Concessionárias de Serviços Públicos, com 34,7% de vitórias.

O índice de acordos foi outro dado obtido, sendo que apenas 15,02% dos processos envolvendo tais litigantes são objeto de autocomposição (a qualquer tempo). Os requeridos com o maior índice de resolução consensual da lide são aqueles classificados como “empresas prestadoras de serviço de telefonia fixa e celular e TV por assinatura”, com 31,8%, ao passo que os piores são os Consórcios, com o índice de 4,2% de acordos (que, contra intuitivamente, também se encontram no topo do ranking de derrotados).

Se o índice de acordos for calculado a partir da mediana dos litigantes, o índice se reduz para 10,3 por cento do total de processos.

³⁰⁰ Frisa-se que a própria Coordenadoria dos Juizados Especiais disse tratar-se tal número apenas de uma estimativa, uma vez que ela reconhece a probabilidade de equívocos no lançamento dos nomes das partes pelas unidades judiciárias. Portanto, a base de dados aqui se mostrou pouco confiável. Cogita-se de um percentual maior.

Esses são os resultados das pesquisas, qualitativa e quantitativa, reconhecendo-se, desde agora, as dificuldades de obtenção de dados brutos em razão das limitações de informatização dos sistemas e das próprias condições materiais do pesquisador, no que tange à amostragem para a entrevistas.

5.3.2. Discussão dos resultados.

Os dados apresentados pelo resultado das pesquisas não foram, segundo se entende, peremptórios em relação às previsões da modelagem realizada no capítulo 4, como se passa a expor.

Primeiramente, um fator não apontado pela modelagem se deixou transparecer pelos dados apresentados. O perfil da população usuária.

Conforme se viu acima, o objetivo de se ampliar, com a gratuidade, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, nos dizeres de CAPPELLETTI e GARTH, foi o de oferecer os serviços judiciários às camadas mais humildes da população.

Daí a criação de um sistema capaz de, com os subsídios dados à litigância, possibilitar que os mais pobres tivessem acesso ao menos ao Poder Judiciário para a solução das questões mais simples que pudessem ser resolvidas à luz do Direito.

Pois bem, a pesquisa mostra o oposto.

O sistema dos juizados especiais cíveis fora capturado, em sua maioria, por pessoas com ensino superior completo e pós-graduados, que representam uma elite de 15,7% da população brasileira, segundo os dados aglutinados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD contínua) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³⁰¹.

Esses 15% da população são responsáveis por mais da metade dos litígios ingressados nos juizados especiais cíveis no período das entrevistas.

³⁰¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Educação 2017**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf>. Acesso em 7 de março de 2019.

Por outro lado, quando se verifica a renda, vê-se que uma significativa maioria da amostra de entrevistados (62,5%) são ao menos de classe média baixa ou, afunilando ainda mais o percentual, é possível dizer aproximadamente 40% dos litigantes são mesmo de classe média.

Portanto, é possível afirmar, *com relevância estatística* ($p < 0,05$) – considerado, claro, os limites da obtenção da amostra populacional – que o sistema dos juizados especiais de Vitória/ES, *apesar de subsidiado com o dinheiro de todo o povo*, serve majoritariamente a uma faixa bastante restrita da população, a saber, aquela que possui uma renda maior do que a média³⁰² da população brasileira; o “andar de cima” da pirâmide social.

Ou seja, criou-se uma estrutura composta de várias unidades judiciárias, estruturadas e aparelhadas, principalmente para subsidiar a solução de conflitos de pessoas de classe média e alta ou, nas palavras de L. A. BECKER, é como se o Estado mantivesse, com impostos pagos por todos, um hotel de luxo para membros de uma elite (a maior parte dos litigantes dos juizados especiais cíveis) se hospedar a preços módicos (subsídios na forma da gratuidade de acesso)³⁰³.

Ou como sustenta MARTIN D. BEIER, “[...] no caso em que na maioria dos litigantes, o consumo dos recursos judiciais resultam não de um esforço público ou altruístico de se alcançar o bem comum, uma mudança do financiamento público para o financiamento do usuário é devido”³⁰⁴.

Com relação ao número de ações por litigante, se viu que a redução dos custos do litígio não se mostrou suficiente para fazer com que a maioria das pessoas tivesse mais de um processo ajuizado, levando a crer que, ao contrário do que parece ser intuitivo, não há no polo ativo a formação de “litigantes profissionais”, que, por qualquer menor dissabor da vida cotidiana, transformam sucessivos incômodos em processos.

Todavia, é bem verdade também que o número de pessoas *naturais* (não foram alvo de entrevista representantes de pessoas jurídicas) com mais de um processo ajuizado é um dado a se levar em consideração (43,2%).

³⁰² Que em 2017 foi de R\$1.268,00, segundo o IBGE. Para o Espírito Santo, essa renda foi de R\$1.205,00 (**IBGE divulga o rendimento domiciliar per capita 2017**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20154-ibge-divulga-o-rendimento-domiciliar-per-capita-2017>>. Acesso em 7 de março de 2019).

³⁰³ *Op. cit.*, p. 90.

³⁰⁴ **Economics Awry: using fees for caseload diversion**. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3807&context=penn_law_review>. Acesso em 10 de março de 2019.

Isso porque não se tem, na Justiça “ordinária” (assim considerados todos os ramos que não os juizados especiais cíveis, apenas por exclusão e facilitar a compreensão do objeto de estudo), os números adequados para se contrapor aos aqui obtidos, o que tornaria por demais complexa esta pesquisa.

Talvez, se comparados os dados dos juizados especiais cíveis com outros ramos do Poder Judiciário (v.g., a Justiça do Trabalho, a Justiça Federal ou mesmo a Justiça comum estadual) se veria a existência de “litigantes profissionais” no seio dos primeiros, uma vez que 43% dos entrevistados possuíam dois ou mais processos.

Porém, faltam dados a esta dissertação para qualquer afirmativa nesse sentido.

É de se destacar, certamente, a previsão da modelagem de que a redução dos custos do litígio seria capaz de aumentar a litigância frívola. Realmente essa é uma hipótese para a qual os resultados foram inconclusivos e, portanto, ainda abertos a confirmação ou a refutação em estudos futuros.

Todavia, é no tocante à motivação para a propositura de ação nos juizados especiais (Gráfico 5) que se entende que o aglutinado de perguntas básicas e as perguntas controle formuladas posteriormente fora capaz de exibir sensivelmente a capacidade preditiva da modelagem realizada neste trabalho.

Primeiramente, é preciso dizer que a análise econômica do direito, tal qual a economia em si, não trabalha com as preferências meramente pronunciadas, isto é, aquelas que as pessoas *dizem possuir*, mas sim aquelas que elas *efetivamente demonstram possuir*.

Conforme atesta DAVID FRIEDMAN, os economistas realizam suas medições pelas preferências que são reveladas, pelo atual comportamento que as pessoas exibem em sua conduta³⁰⁵.

Por exemplo, muito embora se admita que a vida seja de um preço incalculável, é verdade que aceitamos como socialmente “normal” o pagamento de adicionais de periculosidade para profissões perigosas e de insalubridade para atividades que poderão causar males de cunho sensível futuramente e, em ambos os casos, inclusive ceifar a vida da pessoa que realiza essas tarefas.

Nesse sentido, em que pese a vida “não ter preço”, certamente a sociedade põe sim um valor (e bastante exato, por sinal) à vida humana, por mais abjeta que essa frase possa ecoar

³⁰⁵ *Op. cit.*, p. 95.

nos ouvidos de certas pessoas (e, de fato, somente deixa de ser aqui em razão do contexto acadêmico deste trabalho).

Foi exatamente por isso que as entrevistas – de maneira bastante simplória, deve-se admitir – buscou primeiro a *enunciação* da preferência do entrevistado, questionando-lhe, à míngua de qualquer exibição factual, qual o *motivo* que lhe levou aos juizados, colocando como opções algumas respostas “moralmente aceitáveis” e outras nem tanto.

Como visto, a maioria delas alegou que o motivo foi a sensação de um direito violado, o que uma postura esperada.

A manifestação inicial de que o propósito era receber valores em pecúnia foi a assertiva de apenas 39 entrevistados (9,9% da amostra), ao passo que a tida como moralmente aceitável assertiva de um pretenso “exercício da cidadania” foi a opção de 10,2% dos respondentes.

A essa pergunta se agrega diretamente uma segunda, que questiona o objeto da ação segundo a visão do leigo. O que efetivamente ele queria com a demanda.

Veja-se que uma vez mais a opção não pecuniária foi dominante, com 43,1% dos entrevistados respondendo que a solução de algum problema do seu cotidiano era o fator, circunstância essa que evidencia a importância em se colocar na modelagem – como de fato foi feito – um julgamento cuja representação não seja exclusivamente em expressões financeiras, mas sim em *utilidades*, de modo a assegurar um melhor potencial preditivo ao tipo ideal.

Todavia aqui o recebimento de compensação financeira já ficou em segundo lugar, no patamar de 27,8% dos entrevistados.

Chama a atenção, todavia, a resposta que representou a opinião de 19,4% dos respondentes (76 pessoas), que disseram ter envidado custos pessoais para o litígio (custos emocionais, de tempo e etc., como visto acima) tendo por objetivo principal a sensação de contribuir com a Justiça, *ainda que não se saquem vencedoras ao final do processo*.

Esse é um caso de preferência *pronunciada* mas não *manifestada*, como se verá em seguida quando for efetuado o cruzamento de respostas. A explicação é simples: essa não é a efetiva preferência da parte. Essa preferência fora meramente pronunciada, mas *não revelada*.

Retomar-se-á a questão quando da análise das perguntas de controle.

Prosseguindo, o Gráfico 7 é lídima representação do *severo problema do otimismo*.

Como visto acima, ele pode ter as mais diferentes origens, pois é fruto da divergência de expectativas entre as partes.

Tanto pode ser proveniente da instabilidade jurídica quanto de um de viés próprio do ser humano ou até mesmo por informações imperfeitas.

A verdade é que, quando confrontada a expectativa das partes com a realidade, vê-se que suas estimativas não se sustentam.

Tomando por base, v.g., as relações com os grandes litigantes, apenas 55,72% das ações terminam em um julgamento de procedência do pedido, causando espécie assim o fato de que 91,6% dos litigantes entendam que se encontram na faixa dos 55,72% daqueles que, de fato, serão contemplados.

Simplesmente os números não fecham. Ou o índice de julgamento de procedência do pedido estaria por volta dos 90% ou então quase metade dos litigantes (40%) estão com um sério vício na informação possuída ou na expectativa estimada para o resultado.

Portanto, apesar de se reconhecer a possibilidade de se estar aqui diante de um problema de seleção adversa de difícil solução para pesquisas futuras³⁰⁶ – a qual, para que fosse solucionada, demandaria um esforço de pesquisa infinitamente superior àquele despendido aqui, com instrumentos complexos de obtenção e decantação de dados (uma vez que envolveria conflitos de interesse *não* levados ao Poder Judiciário, uma “cifra negra” de difícil verificação) – mesmo se for considerada apenas a amostra população obtida, com todas suas limitações, é uma divergência bastante considerável entre a expectativa e os dados reais obtidos.

As causas dessa divergência, como já dito, não são objeto deste trabalho e demandam tanto uma análise teórica acurada quanto pesquisas empíricas que, no momento, escapam ao seu desiderato.

³⁰⁶ A seleção adversa é um fenômeno concebido inicialmente para o mercado de seguros mas cujos fundamentos se espalham em diversas facetas da análise econômica. A seleção adversa, como afirmam SAMUELSON e NORDHAUS, ocorre quando as pessoas com maior risco são também as que, com maior probabilidade, irão comprar o seguro. A seleção adversa, assim, pode levar a um mercado em que apenas as pessoas com o risco mais elevado são seguradas, ou mesmo a situação de inexistência de mercado (*Op. cit.*, p. 192). No caso concreto pode ser que a amostra tenha recolhido esse número de litigantes com um viés “otimista” exatamente porque os potenciais litigantes “pessimistas” sequer teriam ajuizado uma ação e, portanto, jamais figurariam na amostra populacional obtida. Ou seja, teria ocorrido uma “seleção adversa” na amostra desta pesquisa, o que a tornaria, apesar de estatisticamente perfeita, bastante deficiente sob a ótica dos efeitos explicativos desejados.

Por hora, este trabalho se satisfaz com a identificação de uma expectativa “inflacionada” quanto à vitória, afirmando ainda que a tal visão, conforme previsto na modelagem, será um fator significativo para o baixo índice de acordos nos juizados especiais cíveis.

Agora, se decorrente, por exemplo, de uma jurisprudência instável ou de circunstâncias endógenas ao litigante, isso não pertence a esta dissertação.

Outro dado desse mesmo Gráfico 7 que não pode deixar de ser percebido é a postura daqueles 17 entrevistados que *assumidamente* acreditam possuírem menos de 50% de chance de vitória. Se a expectativa desses litigantes já é tão baixa logo de início, sem qualquer contato com os argumentos das partes, será que essas 17 ações teriam sido propostas em um ambiente em que o litígio possui *custos*?

Não havendo o viés de geração de precedentes no campo dos juizados especiais, ao teor do que já dito anteriormente, a modelagem prevê que essas são legítimas AVN (ações de valor negativo), litígios frívolos, portanto, que representam, isso de acordo com a própria estimativa de seus litigantes (um dado objetivo externo poderia encontrar um número diferente, possivelmente maior), outros efeitos negativos já associados à gratuidade do acesso à justiça no âmbito desse sistema³⁰⁷.

Outro dado relevante diz respeito ao valor do julgamento esperado, em dinheiro, o que é trazido pelo Gráfico 8.

Contrariamente ao esperado em relação aos Gráficos 5 e 6 – e aqui já se manifestam as preferências pessoais dos entrevistados – a maioria dos entrevistados indicou com clareza o valor esperado para seu litígio (72,4% apontaram a existência de um valor, em dinheiro, que de fato esperavam receber. Do total aí representado, apenas 0,5% dos litigantes não se viram de fato representados pelas opções entregues nas perguntas).

Ou seja, apesar de se considerar a relevância das preferências não pecuniárias nessa modelagem, ela acerta ao buscar, no intuito de simplificação da realidade, valores monetizados, pois é esse que, pelo demonstrado da pesquisa, que representa a preferência dos litigantes, com a observação, porém, de que 27,6% deixaram de responder a essa pergunta, um percentual que reforça também o caráter não pecuniário do litígio e que, como visto desde o capítulo anterior, se encontra refletido (e previsto) na modelagem.

³⁰⁷ É o “efeito loteria” dos juizados especiais, pelo qual o litígio se assemelha a um jogo de azar perfeito, no qual a parte basicamente “só tem a ganhar”, uma vez que o custo do “bilhete de aposta” (*i.e.*, a petição inicial protocolada) é, senão praticamente nulo, irrisório.

Essa pergunta será de significativo relevo logo adiante, quando o trabalho passar a focar nas decisões de custos de interposição da ação à luz de cenários diferenciados.

Acerca dos resultados apresentados no Gráfico 9, se vê de fato uma certa resistência ao pagamento de custos de ingresso para o ajuizamento da ação, sendo que 30,1% dos respondentes disseram expressamente que não entrariam buscarem o sistema dos juizados especiais acaso tivessem que gastar qualquer quantia para o ingresso.

A alternativa mais eleita, contudo, demonstrou uma resistência menor da amostra com relação ao pagamento de custos, uma vez que 63,2% dos entrevistados aceitariam pagar valores compreendidos entre R\$100,00 e R\$1.500,00 para buscarem o juizado especial cível.

Vale asseverar – e isso será importante na análise – que tais custas incidiriam com 100% de certeza em caso de ajuizamento da ação, não figurando como mera possibilidade de gasto em caso de derrota, mas sim em uma perda certa em qualquer circunstância de litígio.

Era de se imaginar que o percentual de 30,1% compreenderia exatamente a parcela de menor poder aquisitivo da amostra, ou seja, aquela de menor renda (vide Gráfico 3, em que se mostra que 32,7% dos respondentes possuem uma renda familiar mensal declarada de até 2 salários mínimos).

Entretanto, a pesquisa mais uma vez foi contra intuitiva neste particular.

Quando se realizou um cruzamento de respostas entre aquelas do Gráfico 3 e estas do Gráfico 9, observa-se que, na verdade, mesmo na faixa de menor poder aquisitivo – e que, em tese, a gratuidade seria *essencial* para que o acesso à justiça fosse assegurado – a maioria da amostra não veria problemas em quitar custas de ingresso. Senão veja-se o cruzamento total das respostas:

Gráfico 15 – Cruzamento de respostas custas de ingresso vs renda familiar:

	Total	Até 2 SM (R\$ 1.874)	De 2 até 4 (1.875 a 3.748)	Mais de 10 (R\$ 9.371)	Mais de 4 até 10 (\$ 3.749 a R\$ 9.370)	N/Informou
1. Entre R\$ 937 (1 S.M) e R\$ 1.500	6,6%	3,9%	5,6%	12,9%	7,0%	5,3%
2. Entre R\$ 400 e R\$ 937	7,1%	4,7%	9,0%	12,9%	4,7%	5,3%
3. Entre R\$ 100 e R\$ 400	46,4%	43,0%	43,8%	54,3%	48,8%	42,1%
4. Não estaria disposto a pagar e não entraria com a ação	30,1%	33,6%	34,8%	14,3%	32,6%	31,6%
5. NS/NR	9,7%	14,8%	6,7%	5,7%	7,0%	15,8%

Na faixa de menor poder aquisitivo, 55,9% dos entrevistados aceitariam arcar com diferentes valores para ingressar com suas ações, percentual esse realmente inferior à média das respostas ditas pelas demais categorias de renda (66,4%), mas que ainda assim demonstra que, na verdade, segundo a opinião das partes, a gratuidade em si talvez não seja tão determinante quanto se pensava com um fator essencial para o acesso à justiça no caso dos juizados especiais cíveis.

Por outro giro, quando se verifica o valor das custas que as partes admitem pagar – basicamente entre R\$100 a R\$400,00, uma vez que os valores a esse superiores contaram com reduzido número de aceitações – se vê também, em cotejo com o valor esperado do litígio pela maioria dos entrevistados (até R\$5.000,00) e o percentual de êxito esperado (dentre a chamada “faixa otimista”, acima de 70%) um valor de julgamento sensivelmente superior ao das custas ditas “admissíveis” (R\$3.500,00 vs. R\$400,00), o que é capaz de apresentar a visão dos litigantes a respeito de quanto o litígio deve “valer a pena” para seu efetivo ajuizamento.

Tal noção (de quanto a ação deve “valer a pena”) indica sim a presença de custos pessoais relativamente altos que a parte autora espera assumir ao buscar em juízo sua pretensão, seja pelo “aborrecimento de comparecer ao Fórum” ou a incerteza de seu resultado, os dissabores da presença em audiência e etc.

De toda forma, o Gráfico 9 agrega à análise o fato de que, muito embora a gratuidade influencie a tomada da decisão de litigar – noção extraída da totalidade do trabalho e, inclusive, dos demais dados obtidos, como se continuará vendo adiante – aparentemente ela não é *imprescindível* para que mesmo parcela da camada mais humildade dos entrevistados se permita a buscar o Poder Judiciário para a solução de conflitos.

Em outras palavras, talvez, ao contrário do que se intui, na esteira do projeto florentino da década de 70, em que pese a gratuidade possa ser um fator relevante para o acesso à justiça, ela não seja uma peça tão central do tabuleiro como se cogitava e, a custos mais módicos, seria possível que mesmo a parcela da população menos favorecida tivesse acesso ao serviço público de solução de conflitos sem as facetas negativas que a gratuidade exhibe³⁰⁸.

³⁰⁸ Evidentemente, este trabalho não faz, não pretende e não possui dados suficientes para fazer a afirmação de que a gratuidade deixar de existir com consequências meramente “marginais” no que tange a uma eventual perda do bem estar da sociedade como um todo. Essa seria uma afirmação leviana e contra a cientificidade que se pretende outorgar a esta dissertação. Tudo o que se está a dizer é que, dentro dos limites (que não são poucos) desta pesquisa, é possível cogitar-se que, com novos estudos e com um trabalho significativo de dados e análises, há uma possibilidade de que, ao contrário do que se imagina hodiernamente, o acesso inteiramente gratuito dos juizados especiais cíveis (e quiçá em todos outros ramos do Poder Judiciário) não possui uma importância tão central

Entretanto, em que pese a resistência inferior ao esperado exibida pela amostra no que tange ao pagamento de custos para o ingresso do litígio, o Gráfico 10 exhibe uma faceta também interessante das preferências da população para com os conflitos de interesse gerados em sociedade.

Veja-se que, no Gráfico 9, a resposta mais eleita pela população foi a de que aceita quitar entre R\$100 a R\$400, com 100% de certeza, no momento do ingresso da petição inicial no sistema dos juizados especiais cíveis, se isso fosse necessário para a solução de seus conflitos sociais.

Isso, para o autor, segundo a inequação (13), representaria uma diminuição certa do ganho autoral entre R\$100 a R\$400 conforme o caso, o que, como visto acima, deixaria o valor esperado líquido do julgamento (ganho provável vezes chance do ganho, ou $J_a P_a$ na inequação) em R\$3.100, na pior das hipóteses³⁰⁹.

Ou seja, para a maioria da amostra, um valor líquido de R\$3.100 seria suficiente e o litígio “compensaria”.

Ocorre que o Gráfico 10 exhibe uma preferência que não poderia ser prevista pela modelagem do capítulo anterior.

A pergunta representada nesse gráfico, como se viu, foi a de que se a parte ainda se prestaria a procurar os juizados especiais cíveis se, ao invés de pagar um valor certo de custas ao Estado no ingresso da ação (pergunta do Gráfico 9), aceitaria, *apenas em caso de derrota no seu pedido*, pagar um valor de sucumbência à parte contrária.

A opção mais eleita pelos entrevistados foi a de que, se o sistema assim previsse, o respondente não entraria com a ação se corresse esse risco, com 44,4%. A segunda maior opção eleita, por outro lado, somente entraria com ação se o pagamento fosse tão grande quanto, no máximo, 5% do ganho esperado na causa, com 36% dos entrevistados.

Ora, *tais respostas são incompatíveis com o otimismo exibido no Gráfico 7 se apenas o aspecto do valor esperado do litígio, em pecúnia, fosse levado em consideração.*

na abertura do aparato estatal às camadas mais humildes da população; bastaria, nessa hipótese, um acesso facilitado a tarifas de menor valor. Apenas isso.

³⁰⁹ Relembrando-se, assumiu-se o “grupo de otimistas” como aqueles que esperavam um êxito com chance igual ou superior a 70%. Esses representam 81,1% do total dos entrevistados. Por outro lado, considerando-se o ganho de até R\$5.000 – opção de 40,3% da amostra total – se fez um cálculo “conservador” de um valor esperado de julgamento mínimo de R\$3.500 ($5.000 \times 0,7$). Subtraído o máximo de custas (R\$400), encontra-se um valor que seria o mínimo para a esmagadora maioria da amostra, de R\$3.100.

Isso porque, veja-se, as custas representam uma redução máxima, com probabilidade 1, do montante total do julgamento, de R\$400.

Todavia, as verbas sucumbenciais representam uma redução *esperada somente em caso de derrota*, não incidindo, portanto, com probabilidade igual a 1.

Ainda que a probabilidade fosse exatamente igual a um, mesmo assim o máximo de alíquota aceito pelos entrevistados foi de R\$250, e *isso se a probabilidade fosse de 100% de incidência*, o que evidentemente não é o caso da questão.

Ora, acaso se colocasse na inequação (13) uma regra sucumbencial – não nela prevista diante do que essa modelagem representa – ela passaria a se assemelhar com a inequação (11), que trata da decisão de litigar sob a égide do sistema inglês de alocação dos custos do litígio.

Nos moldes da pergunta e tomando-se a faixa do “grupo de otimistas” arbitrariamente fixado em 70% de estimativa de êxito, veja-se que os custos do litígio representariam não mais C_{la} , como na inequação (13), em que cada parte assume inteiramente seus custos com 100% de certeza (custos, lembra-se, apenas meramente pessoais no caso dos juizados especiais cíveis ou com a contratação de advogados, se for o caso).

Os custos do litígio seriam representados exclusivamente por $[(1 - P_a) \times 0.05J_a]$, em que, lembra-se, a primeira variável representa a probabilidade de êxito (diminuindo-se 1 de tal estimativa se encontra, necessariamente, a probabilidade de derrota), e a segunda variável representa o valor esperado do julgamento estimado pela parte autora³¹⁰. O numeral 0,05 representa o percentual aceito pelo segundo maior grupo de entrevistados (o maior grupo, como se viu, sequer entraria com a ação. Colocou-se assim o cenário mais eleito entre aqueles que aceitaram tal cenário).

Ou seja, saturando-se estas variáveis com as estimativas do “grupo de otimistas” (vide nota de rodapé acima), em que $P_a = 0,7$ e $J_a = 5000$, vê-se que as custas *esperadas* para um sistema de custas sucumbenciais, nos moldes questionados seria de apenas R\$75, aproximadamente 80% menor do que as custas que as partes aceitaram pagar no Gráfico 9.

³¹⁰ Isso para adequar a modelagem à pergunta formulada, em que o entrevistado respondeu se aceitaria pagar até 5% do valor do julgamento esperado na causa ou, simplesmente, a resposta que ela teria apresentado no Gráfico 8). É claro que a regra de sucumbência do CPC e do sistema inglês se baseia sobre o pedido formulado. Como o ponto desta obra é verificar a modelagem à luz de evidências empíricas, abre-se mão, no detalhe, da precisão jurídica, para outorgar facilidade à compreensão da realidade que se deseja explicar.

Ora, como poderia ser possível um cenário em que as litigantes racionais, por via de regra, aceitam pagar custas de R\$400 mas não aceitam pagar custas superiores a R\$75?

De fato, a modelagem não poderia prever esse comportamento, uma vez que a pesquisa empírica demonstrou que o desvalor atribuído, via de regra, pelas pessoas à possibilidade de se verem obrigadas a efetuar qualquer pagamento à sua parte contrária como resultado de um conflito de interesses é tão grande que, neste cenário, a *desutilidade* sofrida de um pagamento de R\$400 ao Estado é menor do que a *desutilidade* impingida por um pagamento de R\$75 à parte contrária, após uma derrota judicial.

Há aqui, pelo que a pesquisa pode apontar, uma preferência evidenciada na população que a modelagem não levou em consideração³¹¹.

Essa preferência é totalmente compatível com a modelagem empregada, agora que evidenciada nos limites da pesquisa aqui realizada, não havendo qualquer incompatibilidade, uma vez que, como se viu, variaria apenas a natureza de parcela dos custos do litígio e não a totalidade da inequação, assemelhando-se a inequação (13), parcialmente, à (11).

Entretanto, a demonstração empírica dessa preferência, como se verá no tópico posterior, será relevante para a única parte normativa deste trabalho, pois tal achado, no âmbito dos juizados especiais cíveis, poderá possibilitar o desenho de uma interpretação da norma jurídica da gratuidade que talvez outorgue melhor relação de custo-benefício ao binômio acesso justiça vs. custos sociais.

³¹¹ De fato, há também uma explicação alternativa para este cenário, bem exposta por RACHLINSKI, à luz da economia comportamental, pela ótica dos efeitos de modulação da decisão (*framing*). O que ocorreria no caso vertente é que as custas iniciais, apesar de perdas certas, como apresentadas de início, momento em que a parte ainda se vê com otimismo acerca do resultado final de sua pretensão, são encaradas como investimentos e, por isso, aceitáveis até certo ponto sob uma ótica racional. Porém, após uma derrota judicial, em que tal expectativa já se mostrou vã, a necessidade de submissão da parte autora ao seu *ex adverso*, através de um pagamento de uma parcela do que ela achava que inicialmente seria uma remuneração que obteria de seu esforço de litigar, é encorada como uma perda e, por isso, inaceitável à sua ótica com um grau muito maior do que no primeiro caso (*Op.cit.*, 1996, p. 144-149). Todavia, contrariamente a RACHLINSKI, como já se disse alhures, não se considera que tal quadro seja “totalmente incompatível com a teoria da utilidade esperada”. Ao contrário, entende-se que ambas teorias são capazes de, cada qual ao seu modo, agregar importante valor explicativo à análise. Cogitar-se que o homem seja sempre irracional e não aja segundo o menor critério de maximização da utilidade é perder um importante ferramental analítico do qual não se acredita que a ciência pode dispor. O importante, segundo se entende aqui, é receber o achado da economia comportamental de que há de fato uma decisão pronunciada pelas pessoas e, com base nesta decisão – previsível, por certo – assumir uma preferência que não se imaginava anteriormente (decorrente dos efeitos de modulação da decisão). No caso, assume-se que há uma preferência evidenciada claramente entre pagar valores ao Estado em relação a pagar valores (ainda que menores) à parte contrária. Na pesquisa empírica realizada, viu-se que a razão é de 1 para aproximadamente 5,33, ou seja, o desvalor de cada 5,33 reais perdido para o Estado equivaleria a 1 real perdido para a parte contrária. Como já dito no capítulo 3, não importa para nossa análise o porquê de tal preferência. A diferença de desutilidades entre os pagamentos é incluída em uma categoria própria da análise, a preferência e, ao ser assim tratada, sem qualquer perda de instrumental analítico.

A análise do Gráfico 11 traz dados relevantes sobre a expectativa das partes para o tempo de deslinde de seu conflito de interesses no sistema dos juizados especiais.

Como visto logo na introdução, o CNJ apurou que, em média, o tempo decorrido entre o protocolo da petição inicial e a satisfação do direito autoral (*i.e.*, processo de conhecimento e processo de execução) é de 4 anos.

A pesquisa em epígrafe apontou que 67,3% das pessoas espera em menos de 1 ano solucionar esta questão, ao passo que 16,1% dos entrevistados admitiram solução no prazo de 1 a 2 anos e 5,6%, no prazo de 2 a 3 anos, totalizando 89,6% da mostra. Somente 5,9% do total possui uma estimativa adequada à realidade.

Isso não mostra apenas o desconhecimento da população para com a realidade dos juizados especiais cíveis de Vitória. Tal dado, aplicando-se a modelagem realizada acima, é sim capaz de contribuir na explicação do baixo índice de acordos no campo desse sistema do Poder Judiciário.

Como se viu acima, o tempo decorrido de litígio possui o condão de, a rigor, diminuir o tamanho do julgamento, em razão de um fator de *desconto temporal* entre o presente e o futuro e, ao assim fazer, facilita na autocomposição da lide, ao reduzir o valor efetivo do julgamento (*cf.* item 4.2.5, do capítulo anterior).

Em outras palavras, quanto maior o tempo *esperado* para o litígio, maior a possibilidade de composição consensual. Assim preleciona a literatura clássica.

O que se verificou naquele item, porém, foi que a doutrina da análise econômica do processo vem deixado de dar maior importância a dois fatores.

O primeiro deles, ao custo de oportunidade que importa na realização do acordo, conforme visto acima, uma vez que, basicamente para o réu, outorgar ao autor o valor esperado do julgamento *no presente* implica um custo de não o fazê-lo *no futuro* que pode ser relevante a ponto de compensar quaisquer custos do litígio que ele venha a ter.

O segundo deles se verifica agora, com a pesquisa empírica, que é a assimetria de informações quanto ao tempo do litígio³¹².

³¹² A modelagem da inequação (13) já levou em consideração tal assimetria, assinalando duas variáveis de tempo, a saber, “ \hat{t} ”, para o tempo estimado pelo réu, e “ \tilde{t} ”, para o tempo estimado pelo autor, em idênticas unidades (anos, meses, dias, e etc.), podendo variar, contudo, as quantidades. No capítulo anterior, propositalmente não se deu maior atenção a essa possibilidade de assimetria, exatamente para poder dela tratar já à luz de dados empíricos.

Ora, cada lado da equação se baseia basicamente em estimativas de tempo. A literatura não levou em consideração na análise teórica os efeitos que podem advir de uma assimetria de estimativas temporais entre autor e réu no tocante ao tempo de demora do litígio.

O que a pesquisa verificou é que os autores, a rigor, estimam que o litígio durará um tempo inferior ao que cotidianamente ocorre, ou seja, sua estimativa de tempo acaba reduzindo o valor esperado do julgamento a um resultado final *menor* do que a média apurada pelos dados apresentados pelo CNJ.

Ou seja, o potencial de redução do valor esperado do julgamento pelo tempo para os autores é *menor* do que a realidade, tornando assim o valor esperado do julgamento *maior* do que ele seria em um cenário de informação perfeita.

Por outro lado, tratando-se os juizados especiais de um sistema em que muitas das vezes pessoas naturais litigam com grandes litigantes habituais (sociedades empresárias de um significativo aparato jurídico e estrutura analítica de custos e benefícios, operando, na medida do possível, sobre o ganho marginal de suas ações), é de se imaginar que elas possuam a dita “informação perfeita” do tempo do litígio, que aqui, via de regra, assume-se como de 4 anos.

Quando se somam tais fatores ao custo de oportunidade do acordo, já evidenciado acima, *apenas se reforça um cenário em que os acordos são severamente dificultados*, pois os valores esperados de julgamento são menos deflacionados pelo tempo no campo do autor do que no campo do réu (o primeiro espera o resultado em 1 ano ao passo que o segundo, em 4 anos), alimentando ainda mais o círculo vicioso que impede a solução consensual da lide.

Em outras palavras, ainda que houvesse idênticas estimativas de êxito em ambas as partes, o valor esperado do julgamento do autor seria *maior* que o valor esperado do julgamento por parte do réu, pois, para o primeiro, o fator tempo diminuiria a adjudicação em um fator 1 ($\hat{t} = 1$) ao passo que, para o segundo o fator tempo diminuiria a adjudicação em um fator 4 ($\hat{t} = 4$).

Veja-se um exemplo, agora com os dados concretos da pesquisa e a específica inequação (13), a fim de ilustrar essa situação.

Três cenários serão ilustrados para que o leitor possa compreender como se dá a diferença, na realidade dos juizados especiais cíveis de Vitória: desconsiderando o fator tempo, com simetria de tempo e em assimetria temporal.

Primeiramente, imagine-se um cenário em que o tempo é irrelevante para as partes, em que os litigantes hipotéticos Luke e a sociedade empresária Incom Corporation Ltda se vejam diante de um conflito decorrente de um cenário de produto defeituoso, no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Os custos do litígio são negligenciáveis para Luke (ele não pagará advogado e sua preferência quanto ao tempo pessoal é inócua) e iguais a \$100 para Incom (preposto, departamento jurídico e etc.).

Os custos de acordo propriamente dito são negligenciáveis para ambas as partes e, diante do cenário de tempo igual a zero, os custos de oportunidade temporal também serão irrelevantes para ambas as partes³¹³.

Luke espera se sair vitorioso, tal como o “grupo de otimistas” desta pesquisa, com 70% de chances. Incom estima sua vitória com 50% de chance³¹⁴. O valor do julgamento esperado, assuma-se, exclusivamente a fim de facilitar a matemática, seja igual entre as partes e é idêntico à opção mais eleita pela amostra do estudo empírico, de \$5000. À míngua de dados empíricos a esse particular, imagine-se ainda que ambas as partes são neutras ao risco.

Aplicando-se tais dados à inequação (13) excluía do fator temporal e do risco³¹⁵, encontrar-se-ia um valor máximo de oferta para a ré Incom de \$2600 e um valor mínimo de aceitação para Luke de \$3500. Uma vez que \$2600 não é maior que \$3500, a condição necessária para a realização de acordo já não aconteceria.

Isso se deu porque, em um ambiente de custos de litígio muito baixos (igual a \$100 para ambas as partes) há muito pouco excedente de acordo a ser partilhado e qualquer divergência de expectativas (20% no caso hipotético) gera efeitos pesados sobre a decisão de litigar ou de pactuar a lide.

Em um cenário de custos de acordo iguais a \$100 e uma estimativa autoral de 70% – tal qual a da pesquisa empírica – o requerido deveria, *no mínimo*, acreditar em uma derrota

³¹³ Se tanto “ \hat{t} ” quanto “ $\hat{\tau}$ ” forem iguais a 0 (cenário de tempo irrelevante) e sendo eles expoentes de uma determinada base, qualquer base elevada ao expoente 0 também é igual a zero, tornando, por isso, negligenciável o custo de oportunidade temporal.

³¹⁴ Esse valor é puramente hipotético. A pesquisa não analisou o grau de otimismo das partes requeridas no sistema dos juizados especiais. Somente das partes autoras.

³¹⁵ $\{[C_{lr} + (\frac{J_r}{1} \cdot P_r)] - C_{sr} > [(\frac{J_a}{1} \cdot P_a)] + C_{sa}\}.$

sua com ao menos 68% de certeza (uma assimetria de estimativas de apenas 2%, bastante pequena, por sinal, em um ambiente judicial, em que se espera informação imperfeita e otimismo), sob pena de um acordo não se materializar.

Isso sem contar o fator tempo e assimetria temporal.

E agora é hora de ver o cenário com simetria de informações relacionadas ao fator tempo.

Para tanto, à situação hipotética (ainda que parcialmente lastreada em dados reais) é preciso agregar um custo de oportunidade do acordo. Será imaginado que $C_{or} = 0,12$ para o réu em uma unidade temporal comum de 1 ano, o que representa que a cada ano passado em que ele adia o pagamento de J , ele recebe um rendimento composto de 12% a.a., margem conservadora para uma atividade empresarial minimamente lucrativa. Presume-se que $C_{oa} = 0$, tornando, assim negligenciável o custo de oportunidade para o autor.

Ademais, também não havendo dados empíricos a respeito, assumam-se que o fator de desconto temporal de Luke (δ) seja 0,3 e que o fator de desconto temporal da sociedade empresária seja igual a zero, para esse valor de julgamento esperado, evidentemente.

Ambos possuem informações perfeitas e, portanto, simétricas, de maneira que tanto tanto “ \hat{t} ” quanto “ $\hat{\tau}$ ” são iguais a 4.

Aplicando-se tais dados à inequação (13) excluída do fator do risco³¹⁶, encontrar-se-ia um valor máximo de oferta para a ré Incom de \$1275 – eis o tempo, na forma do custo de oportunidade, reduzindo o valor do julgamento esperado – e um valor mínimo de aceitação para Luke de aproximadamente \$1227. Uma vez que \$1275 é maior que \$1227, a condição necessária para a realização de acordo está satisfeita.

O que aconteceu aqui, no caso da Incom, foi de que o tempo operou no sentido de *diminuir* o valor esperado para o julgamento, uma vez que, com a antecipação do pagamento do *futuro* para o presente ela terá que efetivamente dispor de uma possibilidade de investimento com o capital a ser adiantado para o pagamento do acordo.

Por outro lado, no caso de Luke, o tempo também operou no sentido monótono de reduzir o valor de sua expectativa e em um movimento ainda mais sensível do que aquele capaz

³¹⁶ $\{[C_{lr} + (\frac{Jr}{(1+\delta)^{\hat{t}}} \cdot P_r)] - C_{sr} - [J_r P_r \cdot (1 + C_{or})^{\hat{t}} - J_r P_r]\} > \{[(\frac{J_a}{(1+\delta)^{\hat{\tau}}} \cdot P_a)] + C_{sa} + [J_a P_a \cdot (1 + C_{oa})^{\hat{\tau}} - J_a P_a]\}.$

de reduzir o valor do julgamento para a sociedade empresária, em razão de seu fator de desconto temporal que efetivamente reduziu seu valor de mínimo de aceitação para um acordo.

Em suma, nesta situação, a simetria temporal foi capaz de, isoladamente, reduzir o valor do litígio para ambas as partes a tal ponto que transformou um acordo impossível em uma composição consensual plausível de existir³¹⁷, ainda que com uma assimetria de informações e expectativas de 20% de diferença entre as partes.

Por fim, em um cenário de assimetria temporal – resultado plausível à luz da pesquisa empírica – no qual o autor possui uma noção de tempo de deslinde do litígio bastante inferior ao do requerido, vê-se que mesmo a incidência do tempo não será capaz de possibilitar um acordo, pois a redução do valor esperado ao litígio para o requerente será muito pequeno em relação ao custo de oportunidade do acordo para o requerido.

Para concretização do exemplo e a fim de trabalhar com dados empíricos, tome-se que $\hat{t} = 4$ (o réu possui informação perfeita quanto ao tempo do litígio) e que $\check{t} = 1$ (o autor, tal qual boa parte dos entrevistados, é otimista quanto ao tempo necessário para término da lide).

Nesse quadro, aplicando-se igualmente tais dados à inequação (13) excluída do fator do risco, se encontrará o mesmo valor máximo de oferta para a ré Incom (lembre-se que a situação para ela é idêntica à do cenário anterior), de \$1275. Ocorre que para o requerente Luke, o valor mínimo de oferta para ele será de \$2692. Uma vez que \$1275 não é maior que \$2692, a inequação (13) não foi satisfeita e um acordo, que seria *possível em razão do tempo de demora da lide*, não será exclusivamente porque há assimetria temporal entre as partes.

Isto é, o requerente acredita que a lide terá deslinde rápido, em razão de seu otimismo ou informação incompleta, ao passo que o requerido, possuidor de informação lastreada em dados, saberia estimar corretamente o valor esperado do litígio *no presente*, divergência de estimativas essa que inviabilizaria um acordo em tese possível.

Assim, outro dado obtido com a pesquisa empírica e até então não abordado pela literatura especializada com maior detalhe é exatamente esse: pelos dados obtidos há um otimismo também quanto ao tempo de deslinde do conflito de interesses o que, de *per se*, soma-

³¹⁷ Por certo, como já ilustrado anteriormente no trabalho, se o custo de oportunidade para o acordo por parte do réu fosse um pouco mais alto – diga-se, por exemplo, de 25% – haveria um valor esperado para o julgamento pela parte requerida de -\$1000 (exatamente, o réu *ganharia dinheiro* com o litígio), de maneira que um acordo seria impossível. Porém, esse ponto já foi amplamente debatido no capítulo anterior. Por isso, o foco agora é a assimetria temporal evidenciada na pesquisa empírica.

se aos fatores anteriormente estabelecidos e retroalimenta a situação em que os acordos são uma raridade, e não a regra, no ambiente judicial dos juizados especiais cíveis.

Prosseguindo, já praticamente à guisa de conclusão, na discussão dos dados obtidos, vê-se que o resultado dos Gráficos 12 e 13 são evidentemente complementares.

Após se verificar que a esmagadora maioria dos requerentes conhecia o papel das agências reguladoras e órgãos do Poder Executivo como forma de tutela de direitos através da intermediação do Estado – e portanto suficientes para atender ao critério de “acesso à justiça” de CAPPELLETTI e GARTH, ora adotado, uma parcela muito menor de entrevistados (27,3%) admitiram que poderiam sim buscar tais órgãos.

Todavia, 69,9% dos entrevistados afirmaram categoricamente que não, seja porque a atuação desses órgãos reguladores não se converte em interesse financeiro para seus reclamantes ou porque qualquer outra razão (o que, como se viu, pode estar incluído, mas não necessariamente, falta de confiança na resolutividade daquele serviço ou então a expectativa de uma morosidade maior do que a tida no Poder Judiciário).

Interessante a respeito desse grupo de perguntas é quanto confrontadas as respostas de tais questionamentos àqueles relativos à motivação de buscar os juizados e ao objeto da ação no sistema (Gráficos 5 e 6).

Isso porque, naquelas perguntas, algumas respostas dos entrevistados, por exemplo, quanto à motivação, foi a de que possuíam um direito violado ou de que buscavam apenas ao exercício da cidadania. Quanto ao objeto, por outro lado, a pesquisa angariou respostas como o desejo de contribuir com a Justiça ou a solução de um problema do cotidiano.

Nenhuma dessas respostas alegava visar, nos juizados especiais cíveis, qualquer benefício pecuniário particular que fosse. Portanto, havendo meios adequados e alternativos à satisfação desses interesses, era de se imaginar que as respostas se mantivessem e a preferência *enunciada* também fosse *evidenciada*.

Porém, o resultado obtido foi ligeiramente diferente.

Como se verifica dos Gráficos 16 e 17 abaixo, há um número sensível de respostas em sentido contrário ao que era de se esperar pela preferência enunciada anteriormente pelo entrevistado.

Apenas a título de exemplo, daqueles que alegavam que o motivo era o de ter tido um direito violado ou de exigirem uma retratação no Poder Judiciário, 33,3% e 34,4% (pouco

mais de um terço, portanto), respectivamente, disseram que não buscariam a agência do Poder Executivo porque não receberiam nenhuma reparação pecuniária “em troca do esforço”.

Por outro lado, daqueles que responderam que o objeto de sua presença no sistema dos juizados especiais cíveis era a sensação de contribuir com a Justiça (ainda que a demanda fosse julgada improcedente, frisa-se) ou ainda solucionar um problema do cotidiano, 34,2% e 27,2%, respectivamente, também não buscariam as agências pela mesma razão. Veja-se abaixo:

Gráfico 16 – Cruzamento de respostas principal motivação vs meios alternativos:

	1. NÃO, pois não valeria o esforço para não receber nada em retorno	2. NÃO, por qualquer outra razão	3. SIM, pois não busco receber valores em dinheiro ao acionar a Justiça, apenas resolver um problema	4. SIM, por qualquer outra razão	5. NS/NR
1. Ter tido um direito violado	33,3%	34,4%	15,6%	13,0%	3,7%
2. A possibilidade de receber algum valor (em dinheiro)	38,5%	43,6%	10,3%	7,7%	0,0%
3. Exigir retratação (pedido de desculpas) por algum dano sofrido	34,4%	31,3%	21,9%	12,5%	0,0%
4. Exercer sua cidadania	22,5%	52,5%	10,0%	12,5%	2,5%
5. Outro motivo	27,3%	45,5%	27,3%	0,0%	0,0%

Gráfico 17 – Cruzamento de respostas objeto da ação vs meios alternativos:

	1. NÃO, pois não valeria o esforço para não receber nada em retorno	2. NÃO, por qualquer outra razão	3. SIM, pois não busco receber valores em dinheiro ao acionar a Justiça, apenas resolver um problema	4. SIM, por qualquer outra razão	5. NS/NR
1. Sensação de contribuir com a Justiça (ainda que você perca a causa)	34,2%	36,8%	11,8%	15,8%	1,3%
2. Receber uma compensação financeira	42,2%	32,1%	11,9%	12,8%	0,9%
3. O pedido de desculpas da parte contrária	40,0%	30,0%	10,0%	20,0%	0,0%
4. Solução de algum problema do seu cotidiano	27,2%	42,6%	17,2%	8,9%	4,1%
5. Nenhuma dessas/Outra	13,3%	26,7%	46,7%	13,3%	0,0%
6. N/respondeu	0,0%	33,3%	0,0%	0,0%	66,7%

Assim, muito embora o resultado possa também emprestar robustez a tese de ausência de confiança da população nas agências e órgãos do Poder Executivo para a solução de conflitos à sombra do Direito (e isso, por si só, seria o objeto de outra dissertação), é bem real que a pesquisa também dá notas da real importância do caráter pecuniário nas demandas dos juizados especiais cíveis, evidenciando ainda, mesmo que com um grau aparentemente inferior, preferências que não exclusivamente financeiras, tudo conforme previsão da modelagem.

Finalizando a exposição dos resultados do *survey*, vê-se que o quadro recursal também exibe uma situação em que as partes também exibem uma certa resistência ao pagamento de custas recursais bastante semelhante ao pagamento das custas iniciais questionada no Gráfico 9, com 33,7% dos entrevistados admitindo que aceitariam pagar para recorrer.

Por outro lado, 33,2% da amostra (uma diferença populacional de dois respondentes) se furtaria ao pagamento de custas recursais em absoluto, e não recorreriam.

Noutro giro, somente 14,3% não recorreriam em hipótese alguma e 13,8% apenas se o valor das custas recursais não fosse acima da sua capacidade.

Relevante também nesse questionamento, tal qual no anterior, ao se cruzar as respostas do Gráfico 5 (principal motivação) com a questão recursal, se verifica ainda a importância da gratuidade no comportamento dos agentes, sendo que, por exemplo, daqueles que afirmaram que a motivação era exigir alguma retratação, 40,6% somente recorreriam se o recurso fosse gratuito e 47,5% daqueles que responderam que somente visavam exercer sua cidadania também optaram pela mesma opção.

Dos que admitiram recorrer em qualquer hipótese, como era de se esperar, o maior número (38,5% dos respondentes) foram também aqueles que disseram buscar nos juizados a compensação financeira.

No mais, com relação à pesquisa quantitativa – aqui com objeto, lembra-se, em todo Estado do Espírito Santo – os dados obtidos não são suficientes para agregar à questão debatida dos efeitos da gratuidade nos juizados especiais, em razão das limitações de levantamento de dados no Poder Judiciário capixaba.

Porém, é possível ver, por exemplo, que no âmbito dos juizados especiais, que talvez as despesas com advogados, ao menos para as partes autoras, não sejam relevantes de *per se* como custos do litígio³¹⁸, uma vez que, sendo facultativa sua presença em praticamente todas as demandas entrevistadas (lembre-se que o ganho esperado pelas partes dificilmente atingia os 20 salários mínimos), a decisão de ainda assim efetuar sua contratação pode ter correlação com o baixo custo de tal profissional no mercado³¹⁹.

³¹⁸ O baixo custo do processo, como bem detectado por ERIK NAVARRO WOLKART, inclusive, ao reduzir o intervalo de acordo (a margem negocial), pode majorar os efeitos ainda de outros fatores relevantes para a decisão, como o otimismo das partes (**Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: RT, 2019. p. 420).

³¹⁹ Destaque-se ainda que a contratação de tais profissionais pode estar submetida à chamada “cláusula de êxito”, pela qual o advogado somente receberia um percentual do que conseguisse obter para o cliente, o que, a bem da verdade, reduz ainda mais os custos do litígio em sede de juizados especiais. Ademais, uma parcela da literatura

Nesse diapasão, a pesquisa quantitativa sustenta a tese da modelagem de um índice de acordos pequeno em relação ao número total de ações propostas (15,02% de acordos).

Interessante seria observar também, em estudos futuros, o que leva a uma divergência de índices substanciais entre as atividades empresariais dos grandes litigantes, por exemplo, os empresários de telefonia com 31,8% de autocomposições e os consórcios com apenas 4,2%.

Como se sabe, o custo financeiro para um consórcio de dispor do capital investido previamente *no presente* é significativo. Talvez a questão do tempo seja um fator determinante aqui para a decisão de não realizar um acordo. Por outro lado, não se sabe o porquê de as operadoras de telefonia e *internet* móvel pactuarem mais do que, *v.g.*, as instituições financeiras.

Infelizmente a pesquisa empírica realizada não consegue testar essas hipóteses, apesar do que a modelagem formulada neste trabalho outorga um arcabouço teórico que se mostrou robusto como ferramental para a análise desses dados.

5.4. UMA PROPOSTA ALTERNATIVA DE CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA DE ACESSO AOS JUIZADOS.

Como se disse alhures, o objetivo deste trabalho até então foi o de trabalhar com uma análise positiva da decisão de litigância nos juizados especiais para, em seguida, expondo, também positivamente, a norma jurídica que autoriza a litigância nos juizados especiais cíveis de maneira gratuita como se acredita que ela *é* no sistema de direito positivo brasileiro.

Buscou-se ao máximo – e verdadeiramente espera-se ter atingido – não propor ou realizar incursões de cunho normativo no objeto de estudo. Missão difícil que, a esse momento já praticamente derradeiro, oxalá se tenha conseguido.

especializada indica que tal espécie de contrato favorece a litigância (por todos, veja-se o trabalho de MICELI e SEGERSON, *Contingent fees for lawyers: the impact on litigation and accident prevention*, constante da bibliografia). Uma vez que este trabalho não providenciou dados correspondentes a esta questão nem, tampouco, a modelagem permite, sem alterações de relevo, o acréscimo de uma cláusula de êxito, esta dissertação não entrará na questão se tal forma de contratação e o baixo custo dos profissionais da advocacia influencia ou não na tomada de decisões no âmbito dos juizados, ressalvados os comentários já tecidos acima.

Todavia, a fim de concluir o capítulo de teste do modelo empírico, acredita-se ser também proveitoso trazer alguns comentários, à luz da modelagem teórica e dos dados empíricos, que possibilitem a proposição de uma interpretação alternativa da norma jurídica tomada como um dado nos tópicos anteriores.

Evidentemente, isso não retira dela, segundo a visão desta dissertação, sua validade ou, quiçá, vigência. Mantém-se o quanto dito: é a norma que, segundo a crença (*belief*) deste trabalho, acredita-se existente (e, portanto, válida).

O que neste último tópico se pretende é, à luz da análise econômica do direito, dos dados empíricos levantados e segundo as bases metodológicas suscitadas nos capítulos 2 e 3, indicar ao leitor a possibilidade de cenários alternativos que, ao menos em um plano teórico, sejam capazes de maximizar o acesso à justiça sem os “efeitos colaterais” amplamente noticiados anteriormente.

É a isto que se chama nesta dissertação de interpretação *normativa* (como se acredita que a norma jurídica *deveria ser*). E é a esta empreitada que se passa a dedicar neste fim de capítulo.

Basicamente, a solução passa pelo conteúdo semântico de expressões utilizadas nos enunciados prescritivos materializados nos artigos 54 e 55 da Lei Federal n.º 9.099/1995.

Já de saída, este trabalho não consegue visualizar, interpretativamente, um ponto de significação em que se possa dizer que o art. 54 autoriza a cobrança de custas judiciais de qualquer ação no âmbito nos juizados especiais cíveis.

Sendo fiel às premissas desta obra, é preciso dizer que, porque *este* trabalho assim não vê isso *não* implica dizer que haja algo de inerente ou ínsito às expressões textuais que, de *per se*, autorizem tal conclusão ou que qualquer outra visão em sentido contrário seja, de plano, falsa.

O que se quer dizer é que, segundo o mundo de cultura observado pelo seu autor, *no momento presente* e segundo as *limitações da sua linguagem* (e do seu mundo, para todos os fins), não se vê possibilidade semântica em que o texto com os seguintes caracteres “o acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas” autorize que o Poder Judiciário passe a exigir, já *no ato do ingresso da petição inicial*, o pagamento de qualquer verba, a qualquer pretexto, sob qualquer rubrica ou finalidade e de *qualquer tipo de ação proposta*, seja ela frívola ou não.

Nesse contexto, também não se observa possível – em uma seara de teoria da interpretação, friso – que tal acesso gratuito seja restrito às pessoas que sejam qualificadas como pobres, por qualquer critério que seja³²⁰, pelas mesmas razões.

Entretanto, há configurações normativas alternativas, dentro do espectro semântico que este autor vê possível, que poderiam ensejar efeitos diversos no mundo do ser, talvez mais consentâneos ao propósito aqui dito para a comunicação do legislador, o acesso à justiça.

A primeira possibilidade jaz no art. 55 da Lei Federal n.º 9.099/1995.

Ela prevê que “a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé”.

É bem verdade que, para os fins da Lei dos Juizados Especiais ou, tampouco para a finalidade prevista nesse específico dispositivo, não há qualquer enunciado na Lei de regência acerca do que seria “litigância de má-fé” para tal desiderato.

Realmente, a litigância de má-fé aqui poderia ser a mesma do art. 80 do CPC³²¹.

Porém, não se vê qualquer obrigatoriedade que assim seja.

Dada as particulares do sistema dos juizados especiais cíveis, litigância de má-fé neste caso poderia ser interpretada, além das hipóteses do art. 80 do CPC, para também ser considerada como toda aquela litigância que for pelo magistrado do caso considerada frívola, ou seja, aquela que desde o início se vê com baixa probabilidade êxito³²² ou, pela reduzida

³²⁰ A própria questão de um critério censitário para a concessão do acesso gratuito ao Poder Judiciário, por si só, é um grande problema não só no sistema jurídica brasileiro, mas também alienígena (vide, a esse respeito, o trabalho do *fellow professor* da Universidade de Chicago, ANDREW HAMMOND, *Pleading Poverty in Federal Court*, que sairá no **Yale Law Journal** na edição de abril de 2019).

³²¹ **Art. 80.** Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

³²² Da tese autoral ou defensiva, neste particular.

importância do valor esperado do julgamento, seja inferior às despesas anuais do Poder Público com a manutenção do processo em si.

A segunda possibilidade necessita de uma conjugação dos artigos 54 e 55 da Lei.

Como se verifica do art. 54, a legislação veda, segundo o léxico legal, que o *acesso* ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Por outro lado, após o procedimento, em sede de Sentença, o art. 55 estabelece, uma vez mais segundo a literalidade legal, que a sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado.

Em cotejo de um dispositivo legal para outro, se verifica que muito embora o *acesso* aos juizados especiais cíveis seja independente do pagamento de despesas, em sede de sentença, isto é, ao final da fase de adjudicação (processo de conhecimento) a Lei previu apenas que a sentença não poderia condenar o vencido em custas e honorários de advogado, nada falando acerca demais despesas que o vencedor despendeu para o processo, o que, inclusive, poderia incluir os honorários contratuais de seu advogado³²³.

Seja em um ou outro caso, o resultado seria que o procedimento dos juizados especiais passaria a contar com a *possibilidade* (na primeira situação) de uma sanção em casos de litigância frívola e, no segundo, com uma *certeza* de verba sucumbencial, cujo valor seria uma *possibilidade estimada* pelas partes no início do processo. Em comum, ambas interpretações se assemelham no fato de que o derrotado pagaria um valor à parte contrária.

A modelagem e os resultados empíricos deste trabalho são capazes de deitar luzes sobre tais proposições de norma jurídica e, com isso, avaliar as consequências para a decisão de litigar no campo dos juizados especiais e os resultados que seriam esperados.

Em primeiro lugar, falar-se-á do que é semelhante em ambos casos: o pagamento, pelo derrotado, de um valor ao vencedor.

No caso dos juizados especiais cíveis, em que as partes autoras são notadamente pessoas naturais, houve a exibição pela pesquisa de uma preferência bastante evidenciada de

³²³ Por certo, interpretando-se a proibição de condenação de honorários de advogado como sendo os honorários advocatícios do art. 85 do CPC, de titularidade autônoma do advogado, ao passo que os honorários contratuais, aqui mencionados, são destinados diretamente à parte, em caráter de ressarcimento por despesas, não mencionadas no art. 55, mas apenas no art. 54 da Lei de regência.

não se efetuar qualquer pagamento em caso de derrota para a parte contrária (com certeza ou à luz de uma estimada probabilidade).

Tal preferência, somada a uma possível aversão ao risco de que essa possibilidade aconteça, trabalhando-se com a inequação (13), deveria gerar uma redução no número de ações propostas, uma vez que a incidência desse risco tornaria a lide menos atrativa³²⁴.

Por outro lado, como o pagamento se daria à parte contrária, e não a qualquer aparato estatal, a desutilidade qualificada de tal conduta (lembre-se que as partes, em regra, preferiram pagar R\$400 ao Estado do que R\$75 à parte contrária) também poderia reduzir, em absoluto, o número de litígios.

Acredita-se que possivelmente os litígios cuja parte autora esperasse menor probabilidade de êxito seriam mais afetados por essas possíveis alterações. Porém, uma vez que as preferências evidenciadas aparentemente afetaram a totalidade de litigantes (do “grupo de otimistas” ou não), é possível também se falar em uma redução absoluta de litígios, sejam eles AVN ou AVP.

Igualmente, no caso do requerido, o mesmo se diz caso seja ele averso ao risco.

O fato, porém, é de que se estiver se tratando de grandes e habituais litigantes, sociedades empresárias estruturadas, a neutralidade ao risco é o que se espera encontrar no parâmetro das discussões judiciais do sistema dos juizados especiais cíveis.

Em sendo esse o caso, o agregado de fatores de incerteza, de *per se*, não teria qualquer efeito sobre a decisão de litigar ou não, por parte do réu, salvo se se levasse em consideração fatores de estratégia em barganha em que houvesse informação perfeita quanto ao fator de aversão ao risco do autor para aquele conflito de interesses. Nessa situação parece evidente que o réu usaria isso a fim de angariar a maior parcela de um excedente de acordo possível.

Não sendo esse o caso, a influência de qualquer um dos cenários normativos aqui propostos seria ambígua, a depender das estimativas do réu para aquele caso concreto.

³²⁴ Relembrando-se a inequação (13), o fator r_a poderia ser ampliado. Ainda que já se pudesse falar de uma “aversão ao risco” original dos requerentes, uma vez que o litígio em si já é um empreitada incerta, o acréscimo de mais um evento de incerteza majoraria uma aversão ao risco inicial dos requerentes, o que, aumentando o fato de desconto r que, como se recorda, diminui o julgamento esperado do litígio ($J_a P_a$), tornando ou menos atrativa aos requerentes a propositura da ação (porque o valor esperado poderá se tornar, na margem, menor do que os custos do litígio) ou então reduzindo o valor mínimo de aceitação da parte autora, facilitando o número de acordos com o aumento da margem de negociação. Em síntese, o simples acréscimo de um evento de incerteza extra no litígio dos juizados especiais cíveis, se a modelagem realizada neste trabalho se sustenta, teria por efeitos a diminuição do número de ações (notadamente das partes mais aversas ao risco e daquelas mais pessimistas) e o aumento do número de acordos.

As semelhanças entre ambas as possibilidades normativas se esgotam aqui.

Para a primeira situação (condenação de litigância de má-fé ao vencido em casos de ações ou defesas de baixa probabilidade de êxito ou cujo valor esperado do julgamento seja menor do que as despesas do Poder Público anuais para a manutenção do litígio no sistema), a modelagem da decisão de litigar adquiriria, por si só, uma outra questão de incerteza.

Isso porque tal condenação não seria uma consequência direta e necessária da derrota judicial.

Haveria ainda, após a derrota, uma possibilidade ou não do juiz do caso efetuar tal condenação, segundo seu entendimento particular de que o caso era ou não uma situação de litigância frívola.

Nesse diapasão, a decisão de litigar ganhará contornos bastante parecidos com a do sistema inglês de alocação de custas, com a ressalva de que, contrariamente a esse (que incidirá com maior propriedade no caso seguinte), haverá uma probabilidade relativamente autônoma estimada por cada uma das partes de que o vencido seja condenado em litigância de má-fé.

Essa probabilidade é relativamente autônoma porque se mostra como uma função da probabilidade de êxito estimada por cada parte para sua vitória, mas não há obrigatoriedade de que seja exatamente a mesma.

Porém, é possível afirmar que, quanto maior a estimativa de vitória de um litigante qualquer, menor será a sua estimativa de que venha a ser condenado em litigância de má-fé por esse mesmo caso. Todavia, ainda que acredite um dado litigante, por exemplo, que somente se verá derrotado com 30% de chance, nada leva a crer que em 100% desses casos ele também será condenado por litigância de má-fé (*i.e.*, o juiz acreditará que seu litígio foi frívolo).

Assim, a inequação (13) passaria a assumir os seguintes contornos:

$$\begin{aligned} \{[C_{lr} + r\theta C_{mr} + (r_r \cdot \frac{Jr}{(1+i)^t} \cdot P_r)] - C_{sr} - [r_r J_r P_r - r_r J_r P_r \cdot (1 + C_{or})^t]\} &> \{[(r_a \cdot \frac{Ja}{(1+i)^t} \cdot P_a) \\ &- C_{la} - r\theta C_{ma}] + C_{sa} + [r_a J_a P_a - [r_a J_a P_a \cdot (1 + C_{oa})^t]]\} \end{aligned} \quad (14)$$

O acréscimo aqui ficou por conta das variáveis “ θ ” e “ δ ”, que representam, respectivamente, as probabilidades estimadas por réu e autor para uma eventual condenação por litigância de má-fé em caso de derrota, sendo certo que $\theta = \int(P_r)$ e $\delta = \int(P_a)$ e ainda que ambas funções representam grandezas inversamente proporcionais entre si, de maneira que quanto maior for P_r ou P_a menor serão “ θ ” e “ δ ”.

Os termos “ C_{sr} ” e “ C_{ma} ” representam, respectivamente, as estimativas em valores de condenação de litigância a que seriam condenados autor e réu, respectivamente. Tratam-se tais valores como já resultantes de qualquer estimativa que tenham feito as partes, a fim de se tornar o menos complexo possível a modelagem.

Os efeitos esperados da aplicação dessa norma jurídica na decisão de litigar, para o caso do autor, além da questão do risco, já acima estabelecida, será que, para os litigantes que estimam uma menor probabilidade de êxito de sua demanda, haverá uma redução sensível no valor esperado do julgamento. Para os autores otimistas, mesmo assim haveria uma redução, ainda que menor, no valor do julgamento esperado.

De uma forma ou de outra, para a parte autora o efeito esperado basicamente seria monótono de diminuir a oferta mínima que ele estará disposto a aceitar para realizar o acordo e, ainda, de diminuir o número de ações propostas, uma vez que o ganho final imaginado poderá, na margem, se tornar inferior aos custos do litígio (que agora terão o agregado da litigância de má-fé possível) e, portanto, não interessante para o requerente.

Nesse diapasão, aumentando os custos do litígio em especial quando comparados aos custos de oportunidade de realização do acordo, majora-se ainda o excede de acordo possível em cada caso concreto.

Para as partes requeridas os efeitos são os de aumentar o valor máximo de oferta, em qualquer circunstância (otimismo ou pessimismo), mitigando assim a importância das divergências de expectativas entre autor e réu. Por outro lado, igualmente ao que ocorre com o autor, ao majorar os custos do litígio, reduz a relevância dos custos de oportunidade de antecipação de capital para fins de acordo, tornando o tempo (simétrico ou assimétrico) um fator de relevância agora diminuída, ainda que talvez apenas marginalmente³²⁵.

³²⁵ Tudo dependerá, evidentemente, das estimativas feitas por cada parte, autor e réu, em cada caso concreto, o que por certo dependeria também da proporção de juízes que efetivamente aplicassem a norma nesses termos. Porém, toda essa análise já está resumida nas probabilidades “ θ ” e “ δ ”, valendo destacar que, apesar de grandezas inversamente proporcionais, não há nenhuma obrigatoriedade, v.g., de que tais funções sejam lineares.

Os efeitos esperados, portanto, são um aumento no número de acordos e uma diminuição da apresentação de matérias de defesa de baixa probabilidade de acolhida no Poder Judiciário, o que retroalimenta o primeiro caso, de autocomposição (lembre-se que, para os fins dessa norma, a frivolidade tanto pode se dar pelo autor quanto pelo réu, a depender da probabilidade de acolhida do pedido ou da tese de defesa).

Como *tradeoff*, a adoção dessa modelagem importa, como visto, em mais um fator de incerteza e insegurança jurídica, especialmente em um cenário em que o Poder Judiciário se revela incapaz de seguir um norte padronizado.

Nessa situação em particular, o fator de incidência da sanção às partes dependeria de uma análise do juiz sobre expressões de vaguidade notável, como “frivolidade” e “alta” e “baixa” expectativa de êxito do pedido ou da tese de defesa.

É possível dizer que esse fator de incerteza poderá mitigar os ganhos esperados da aplicação da norma, mas os seus efeitos são ambíguos e dependentes da desutilidade esperada pelas partes com a realização de pagamentos a seu *ex adverso*, como se verificou nos resultados dos testes empíricos.

Se a desutilidade for alta o suficiente, é possível que os dividendos em números de acordos e diminuição de lides frívolas gere um benefício social adequado. Do contrário, seus efeitos poderiam ser mitigados pela insegurança jurídica trazida pela incidência da norma.

Todavia, apesar da modelagem ofertar um instrumental teórico adequado para tais previsões, este trabalho não possui condições de apresentar dados suficientes para dizer qual de tais fatores seria predominante com a incidência da norma jurídica ora proposta.

É possível sim identificar algumas das variáveis importantes para a tomada de decisão e avaliação das consequências; entretanto, não há significância estatística em quaisquer dos elementos empíricos trazidos à tona que possam ser apresentados ao leitor neste particular³²⁶.

³²⁶ Sob a ótica da doutrina, a proposta em testilha se assemelha ao que a literatura da análise econômica do direito chama de a sanção de litígios frívolos. POLISNKY e RUBINFELD admitem como adequado tal instrumento destinado à diminuição de litígios frívolos desde que atendidos alguns pressupostos. Por exemplo, as sanções deveriam ser tais que apenas detenham os litigantes frívolos em potenciais mas não compensem os “não frívolos” por suas despesas com o litígio (o número de acordos diminuiria com um aumento do valor esperado de julgamento talvez para ambas as partes) e ainda que o valor da sanção não deveria ser inteiramente destinada à parte *ex adversa* mas parte deveria ser encaminhada para o Estado, uma vez que em seu modelo haveria a necessidade de que a parte prejudicada ingressasse com pedidos para a sanção (Sanctioning frivolous suits: an economic analysis. **The Georgetown Law Journal**. Vol. 82, 1993). Acredita-se não se aplicarem ambos os casos à situação aqui analisada, em que as despesas com o litígio nos juizados especiais já são originariamente reduzidas e, ademais, eventuais

Com relação à segunda norma proposta (condenação do vencido nas despesas incorridas pelo vencedor³²⁷) a decisão de litigar se assemelharia mais ao modelo britânico de alocação de custos do que efetivamente ao sistema americano (adotado pelos juizados especiais).

A decisão de acordo *vs.* litígio nos juizados especiais passaria a adotar a seguinte modelagem:

$$[C_{lr} + r_r \cdot (P_r \cdot C_{dr})] + (r_r \cdot \frac{J_r}{(1+i)^t} \cdot P_r) - C_{sr} - [r_r J_r P_r - r_r J_r P_r \cdot (1 + C_{or})^t] \} > \{[(r_a \cdot \frac{J_a}{(1+i)^t} \cdot P_a) - C_{la} - [r_a \cdot (1 - P_a) \cdot C_{da}] + C_{sa} + [r_a J_a P_a - [r_a J_a P_a \cdot (1 + C_{oa})^t]] \} \quad (15)$$

Nesse cenário de modelagem, “ C_{lr} ” e “ C_{la} ” representariam apenas os custos pessoais do litígio, em termos de tempo, desgaste emocional e esforço pessoal. Por outro lado, “ C_{dr} ” e “ C_{da} ” seriam as efetivas despesas de réu e autor, respectivamente, que eles teriam que ressarcir apenas em caso de insucesso da sua pretensão.

Por se tratar dos juizados especiais, como se vê, considerou-se a existência de despesas não passíveis de ressarcimento de cada parte bem como de despesas que, somente em caso de derrota, incidirão sobre a parte derrotada (daí “ C_{dr} ” e “ C_{da} ” existirem como multiplicadores de “ P_r ” e de “ $1 - P_a$ ”).

Os efeitos são semelhantes àqueles já expostos quando da análise do sistema inglês de alocação de custos *versus* o sistema americano de alocação.

custos de incidência da sanção são negligenciáveis, pois sequer haveria a necessidade de novo processo ou discussão no patamar. Por outro lado, o caso em referência se assemelha mais a outro artigo dos mesmos autores (Optimal awards and penalties when the probability of prevailing varies among plaintiffs. **The RAND Journal of Economics**. Vol. 27, n.º 2, 1996), em que se defende a possibilidade de majorar as condenações para autores de grande probabilidade de êxito (que possuem como contraparte teses de defesa de baixa probabilidade de acolhida, frívolas, por isso) e punir autores de baixa probabilidade de êxito (litigantes frívolos na clássica acepção do termo), pois isso teria como efeito exatamente o de reduzir ainda mais o valor esperado de AVN e ao mesmo tempo aumentar o valor de AVP sem efeitos negativos sobre o número de litígios a serem propostos. POLISNKY e RUBINFELD não possuíam os dados aqui apresentados e tampouco tratavam – evidentemente – dos juizados especiais cíveis brasileiros. Porém, os dados empíricos aqui obtidos somente reforçam as conclusões dos autores, uma vez que a desutilidade acentuada no pagamento de valores à parte contrária somente reforça o efeito em questão.

³²⁷ Pontue-se que, muito embora tais despesas sejam de difícil (e talvez até impossível) liquidação, no caso concreto, no caso particular dos juizados especiais cíveis isso não traria para a lide um complicador adicional de relevo, segundo se entende, em razão do parágrafo único do art. 38 da Lei Federal n.º 9.099/1995 proibir a existência de sentença condenatória por quantia ilíquida no seio desse sistema. Assim, a própria sentença já traria um valor específico arbitrado pelo juiz do caso que, no máximo, poderia ser matéria de recurso.

Portanto, haveria aqui nos juizados especiais cíveis que o grau de otimismo seria maximizado pela presença de um “prêmio” no caso de sua vitória. Por outro lado, partes pessimistas (*i.e.*, litígios com baixa probabilidade de êxito) seriam ainda mais raros e acordos seriam mais possíveis nesse cenário de pessimismo.

Entretanto, em uma situação em que o autor seja excessivamente otimista, como se viu, é possível que o efeito de seu otimismo torne ainda mais difícil a entabulação de acordos e, ademais, motive o ajuizamento de um número ainda superior de litígios, exclusivamente pelo reforço do otimismo que essa regra é capaz de gerar, como amplamente reconhecido pela doutrina especializada³²⁸.

No caso dos juizados especiais cíveis, a pesquisa empírica deita luzes sobre a adoção desta modelagem, ao demonstrar o excesso de otimismo das partes – lembrando-se que mais de 80% foram classificadas como bastante otimistas – de que as previsões da adoção desta norma jurídica sejam na melhor das hipóteses ambíguas.

Isso porque, muito embora a aversão ao risco também opere efeitos aqui, em especial a desutilidade evidenciada pelo pagamento à parte contrária, é possível que os efeitos do otimismo das partes (e em especial da parte autora) sejam tão pronunciados que terminem por tornar o problema da “tragédia dos juizados”, para parafrasear GICO JR., uma verdadeira catástrofe³²⁹.

Desse modo, o emprego dessa norma jurídica causaria consequências que um estudo prévio quanto à medição da desutilidade e da aversão ao risco das partes poderia outorgar maior fundamento.

É bem verdade, contudo, que essa norma jurídica possui a vantagem sobre a outra de não depender de cada caso concreto para sua incidência, não gerando, por isso, instabilidade no sistema pela divergência de posicionamentos em sua aplicação.

³²⁸ KAPLOW, Louis. Shifting plaintiff's fees versus increasing damage awards. **The RAND Journal of Economics**. Vol. 24, n.º 4, 1993. Nesse artigo inclusive o autor defende a possibilidade de aplicações de sanções para as situações em que litígios frívolos sejam possíveis, tanto de forma a beneficiar o autor de um AVP como para penalizar um AVN, exatamente como acima dito.

³²⁹ SHAVELL defende também que a defesa da regra inglesa de alocação de custos como forma de diminuição de litígios frívolos depende de uma série de pressuposições de difícil configuração nos casos concretos (*Op. cit.*, 1982, p. 72-73). Por outro lado, a própria situação em que há divergência quanto ao Direito – isto é, assimetria de informações quanto às expectativas do litígio, de bastante interesse para a cena judicial brasileira – também é capaz de ampliar o número de litígios exatamente em razão do otimismo, “[...] encorajando o ajuizamento de pequenos e grandes casos meritórios que não seriam propostos sob a égide da regra americana [...]” (BECKNER III, Clinton F. e KATZ, Avery. The incentive effects of litigation fee shifting when legal standards are uncertain. **International Review of Law and Economics**. Vol. 15, 1995. p. 216).

De toda sorte, para os limites do presente trabalho, entretanto, não se propôs a uma medição precisa dos efeitos de tal desutilidade ou mesmo se chegou a olhar com maior detalhe à aversão ao risco como um todo das partes.

Se verificou, porém, um severo efeito de otimismo – sem que, contudo, suas causas tenham sido sequer tangenciadas, apesar de suas múltiplas possíveis origens, segundo a literatura – capaz de mitigar os efeitos positivos que adviriam da incidência dessa norma jurídica.

Em qualquer caso, porém, acredita-se que a primeira regra seja mais adequada, em razão dos dados que hoje se tem disponíveis, para mitigar os efeitos negativos da confusão do acesso à justiça como direito de protocolo no Fórum dos juizados especiais.

Não obstante, ainda assim, acredita-se não haver dados suficientes, no momento, para se prever com a exatidão necessária à implementação da norma jurídica, os efeitos que as consequências em tese negativas (instabilidade jurídica, em especial) poderiam gerar, de maneira que um estudo prévio capaz de apreciar essa variável seria de suma importância a fim de se verificar se a interpretação do art. 55, em especial do termo “litigância de má-fé”, seria capaz de possibilitar de fato a construção de uma norma jurídica capaz de maximizar o acesso à justiça e minimizar os efeitos negativos observados da atual forma de se enxergar a gratuidade.

6. CONCLUSÃO.

Conta BERTHOLDO DE CASTRO que, no primórdio das estradas de ferro do Brasil, como a população local tinha poucos recursos, o governo imperial determinou que nos carros de terceira classe podia se viajar de graça, desde que o passageiro fosse pobre.

A pobreza do usuário era comprovada através dos pés descalços.

Todavia, ao longo do tempo, o benefício foi se estendendo a pessoas menos “necessitadas” conforme os usuários tiravam seus calçados e os escondiam, a fim de viajar gratuitamente pela malha ferroviária.

Conforme noticia o autor, “[...] apesar de bem trajados da cabeça aos tornozelos, alegavam que não tinham o suficiente para cobrir os pés. A terceira classe passou a conduzir a maioria dos passageiros”. Em pouco tempo, a medida fora revogada e os carros periféricos se viram fora de circulação e todos passaram a pagar³³⁰.

Talvez esteja o Estado brasileiro novamente diante do mesmo problema.

A amplitude do problema aqui analisado, passando-se desde as bases propedêuticas do fenômeno jurídico, atravessando a temática da interpretação e da análise econômica do processo para, enfim, deitar seus olhos sobre a experiência dos juizados especiais cíveis de Vitória, Estado do Espírito Santo, foi significativa.

Por isso, seria humanamente impossível aglutinar todas as conclusões parcialmente construídas em um só e, reduzido, capítulo.

Busca-se assim, então, deixar aqui ao leitor o que se espera de mais mezinho, de mais essencial ao trabalho como um todo, não a fim de exaurir, em poucas linhas finais, tudo o que fora dito, mas apenas com o objetivo de facilitar o propósito do leitor de conhecer a dissertação que se tem em mãos.

No capítulo 2, viu-se que o fenômeno normativo não prescinde de bases sólidas de teoria do direito para permitir voos maiores.

A experiência jurídica, perpassando do texto à norma, merece um olhar acurado do estudioso do direito, sendo que, nesta dissertação, apenas as linhas mais essenciais à temática mereceram alguma consideração. Muito há ainda acerca desse ramo da ciência do direito.

³³⁰ Na trilha das ferrovias. Rio de Janeiro: Reler, 2005. p. 37.

Repisou-se que o direito é um objeto de cultura formado essencialmente pela linguagem e, como tal, ontologicamente encontra-se sujeito a uma infinita série de possibilidades e, também, obviamente de limitações.

Passando-se do plano da expressão textual (o suporte material do triângulo semiótico) em direção ao estágio destinado à aglutinação das significações isoladas na estrutura lógica da norma jurídica, viu-se que a unidade mínima de significação deôntica do Direito não se encontra em nenhum lugar do direito positivo, mas sim na significação do intérprete, sendo o “sentido” da comunicação uma entidade apenas pressuposta, mas que não é dada conhecer.

Nesse contexto, vê-se que a interpretação adquire foros de extremada importância e que merece sim uma teoria com bases sólidas para não possibilitar a chamada *superinterpretação*, no léxico de UMBERTO ECO, a qual, em se tratando de ordens emanadas pelo Estado amparado em uma estrutura organizada de coação, poderia levar a consequências dramáticas para o cidadão.

Esse foi o cerne do capítulo 3.

Essa teoria não só poderia descurar de questões ontológicas da interpretação, isto é, como *efetivamente* ocorre a formação das significações pela mente humana, em uma seara mais de cunho filosófica do que efetivamente metodológica como também, resgatando-se a importância do método científico como o discurso de maior rigor e controle já criado pela humanidade, estabelecer que mesmo – e talvez principalmente – a formação da significação jurídica por excelência, a norma jurídica, deve (metodologicamente falando, por certo) empregar também certos rigores na sua formação.

E é exatamente sobre esses rigores que o trabalho oferece uma proposta, sem qualquer pretensão excludente de outras que obedecerem aos mesmos critérios de coerência, precisão linguística e controle externo do discurso, da análise econômica do direito, diferenciando ainda como se possibilitaria a construção de uma teoria da decisão separada da teoria da interpretação à luz da direção de ajuste do discurso do sujeito em cada uma delas, frisando-se, enfim, que ambas podem ser tanto normativas (quando pretendem dizer como deveria ser a decisão ou a interpretação) ou positivas (quando pretendem dizer como é a decisão ou a interpretação).

Fincada em tais premissas, esta dissertação adentra no capítulo 4, cujo objetivo foi o de revisar a literatura especializada acerca da análise econômica do litígio, desde os primórdios com o modelo de Posner-Landes-Gould, que se mostrou também a base de toda a análise deste trabalho, como logo em seguida trazendo uma série de cenários alternativos à modelagem

inicial, agregando as complexidades relativas ao otimismo das partes, ao comportamento estratégico em barganhas, à postura diante do risco, às regras de alocação dos custos do litígio e etc.

Todo o propósito foi o de utilizar o modelo básico, agregados das complexidades necessárias para se modelar a decisão de litigância no seio dos juizados especiais cíveis, em um só modelo capaz de possuir potencial preditivo testável e refutável.

Naquele momento, viu-se que a decisão de litigância nos juizados especiais possuía bastante pronunciados os fatores relacionados ao tempo, aos custos de oportunidade e, evidentemente, a ausência de custos pecuniários do litígio, circunstâncias essas capazes de lastrear ao leitor atento uma boa capacidade preditiva dos efeitos de tais incentivos sobre o sistema judicial e, em última instância, sobre a sociedade e os mercados.

O “teste empírico” de tal modelagem foi o objeto do capítulo 5, oportunidade em que se confrontou a modelagem teórica em face de pesquisas de cunho qualitativo e quantitativo realizadas nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Nessa oportunidade, o modelo falhou – dadas as limitações da ciência ou do cientista, mais provavelmente deste último que daquela – em prever algumas circunstâncias como a apropriação do sistema, como no dilema das ferrovias, pela parcela mais abastada da população ou mesmo a preferência evidenciada pelo pagamento, se necessário for, de valores ao Estado a um dispêndio em face da parte contrária.

Previu, todavia, a importância das questões pecuniárias no campo dos juizados e ainda que as preferências não pecuniárias também não são negligenciáveis e que merecem toda consideração do intérprete.

Nesse mesmo diapasão, demonstrou ainda que talvez a solução do problema possa passar pelo fortalecimento do acesso à justiça em seu caráter conceitual, com investimento nos órgãos executivos de solução de conflitos, investimento esse não só financeiro, mas em especial de confiabilidade e de sua imagem perante a população.

Não previu a baixa resistência ao pagamento de custas iniciais, possibilitando-se a conclusão (claro, à luz de outros estudos) de que a gratuidade do chamado acesso à justiça não dependa tão severamente, ao menos em um aspecto marginal, do pagamento de taxas e tarifas pecuniárias de ingresso, desde que, evidentemente, realizadas com critério e prudência.

Entretanto, o modelo foi pródigo em ser capaz de demonstrar que o fator tempo e a assimetria de informações seja com relação a esse critério ou ao custo de oportunidade para a realização de acordos, na realidade brasileira, pode ser um fator importante a ser considerado nas análises referentes à “tragédia do judiciário”, fato esse que encontrou sustentação nas evidências obtidas pelas pesquisas.

Enfim, diante de todo o labor, chegou-se ao último ponto em que o autor se permitiu sugerir interpretações que lhe fossem possíveis à luz das expressões utilizadas pelo direito positivo.

Infelizmente, as evidências obtidas não foram suficientes para uma resposta mais segura e dois cenários normativos diversos foram contrapostos, cada um deles exibindo um dilema (*tradeoff*) diverso: o primeiro com a possibilidade de condenação de má-fé por litígios frívolos e o segundo pela possibilidade de condenar o vencido ao pagamento das despesas incorridas pelo vencedor, segundo arbitrado pelo juiz (motivadamente, por certo).

Ambos casos inauguram problemas diversos e sua solução dependeria de dados que o trabalho em testilha não dispõe, tais como índices de aversão ao risco e dados de otimismo de partes requeridas, isso sem contar que a obtenção de um estudo com uma amostra maior da população afetada, levando em consideração ainda a possibilidade de uma seleção adversa – métrica estatística de difícil obtenção – seria imprescindível para a opção de uma ou de outra.

De toda sorte, o trabalho foi capaz de iniciar a discussão de uma temática importante para o Direito brasileiro e, arrisca-se a dizer, melhor ainda, em bases mais sólidas do que o mero desejo pessoal de cada intérprete, elaborando conclusões normativas calcadas em evidências e em um discurso que, se não rigoroso, ao menos controlável pelo receptor da mensagem.

Todavia, parece também insofismável que a construção de normas jurídicas (que, em última instância, configuram incentivos sociais ao comportamento humano) calcadas em critérios científicos e estatisticamente demonstráveis torna o debate na ciência do direito menos dotado de certezas e significativamente mais comedido.

Esta dissertação não foi capaz de entregar ao leitor respostas dogmáticas acerca do acesso à justiça e as influências da gratuidade no campo dos juizados especiais.

Os passos de um discurso científico e controlável são bem mais lentos e repletos de surpresas ao cientista que não se arma de verdades apriorísticas.

Todavia, como genialmente afirma UMBERTO ECO em uma de suas melhores passagens de seu romance *O Nome da Rosa*, apesar de não ter sido possível descobrir, com tamanha facilidade como se gostaria, a “ordem do mundo”, espera-se que este trabalho tenha tido o condão, ao menos, de conseguir exhibir ao leitor um pouco da ordem que existe na “pobre cabeça” de seu autor.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABREU, Paulo Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALCHOURRÓN, Carlos E. e BULYGIN, Eugênio. **Análisis lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ANSCOMBE, G. E. M. **Intention**. 2nd ed. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

ARAKE, Henrique e GICO JR., Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. **Economic Analysis of Law Review**. Vol. 5, n.º 1, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2015.

ARIELY, Dan. **Predictably Irrational: The Hidden Forces that shape our decisions**. New York: Harper, 2010.

ARMOR, David A. e TAYLOR, Shelley E. Situated Optimism: specific outcome expectancies and self-regulation. **Advances in experimental social psychology**. Vol. 30, 1998.

AUMANN, Robert J. Agreeing to Disagree. **The Annals of Statistics**. Vol. 4, No. 6, Nov., 1976.

AUSTIN, J. L. Truth. In: LYNCH, M. P. **The nature of truth: classic and contemporary perspectives**. Massachusetts: The MIT Press, 2001.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

BEBCHUK, Lucian A. Litigation and Settlement Under Imperfect Information. **The RAND Journal of Economics**. Vol. 15, n.º 3, 1984.

_____. Suing solely to extract a settlement offer. **Journal of Legal Studies**. Vol. 17, 1988.

BECKER, Gary. The Economic Approach to Human Behavior. In: BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

_____. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

BECKNER III, Clinton F. e KATZ, Avery. The incentive effects of litigation fee shifting when legal standards are uncertain. **International Review of Law and Economics**. Vol. 15, 1995.

BEIER, Martin D. **Economics Awry: using fees for caseload diversion**. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3807&context=penn_law_review>. Acesso em 10 de março de 2019.

BERLO, David K. **O processo da comunicação: uma introdução à teoria e à prática**. 9ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BETTI, Emílio. **Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften**. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1962.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

BOBBIO, Norberto. Scienza del diritto e analisi del linguaggio. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1950, 2, p. 342-367.

BONE, Robert G. **Civil Procedure: the economics of civil procedure**. New York: Foundation Press, 2003.

_____. Economics of civil procedure. In: PARISI, Francesco (Org.). **The Oxford Handbook of Law and Economics**. Vol. III. Oxford: The Oxford University Press, 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público**. Assembleia Nacional Constituinte: 20 anos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em 02/01/2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc-1724647c9147c4b66b.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2019.

BRUNER, Jerome Seymour. **The process of education**. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

BUCHANAN JR., James M. **The Collected Works of James M. Buchanan: The Limits of Liberty**. Vol. 7. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

CAMERER, Colin, LOEWENSTEIN, George e WEBER, Martin. The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis. **Journal of Political Economy**. vol. 97, no. 5, 1989.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do processo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant G. Access to Justice: **The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective**. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub;The>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

_____. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Bertholdo de. **Na trilha das ferrovias**. Rio de Janeiro: Reler, 2005.

CARNAP, Rudolf. On the character of philosophic problems. In: RORTY, Richard M. **The linguistic turn: essays in philosophical method**. Chicago: Chicago Press, 1992.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Tributário: linguagem e método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1-44.

_____. Transaction costs in the economic analysis of law. In: PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. **The Origins of Law and Economics**: essays by the founding fathers. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b73-68ec6f888b383f6c-3de40c32167.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2019.

CONSIDERA, Cláudio. **A poupança brasileira e de uma amostra de países**. Disponível em: <<https://blogdoibre.fgv.br/posts/poupanca-brasileira-e-de-uma-amostra-de-paises>>. Acesso 5 de março de 2019.

COOTER, Robert. Law and the Imperialism of Economics: an introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. **UCLA Law Review**. Vol. 29, n.º 29, 1982. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1680&context=facpubs>>. Acesso em 04 de agosto de 2018.

_____ e ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6th ed. Boston: Pearson, 2012.

_____ e RUBINFELD, Daniel L. Economic Analysis of Legal Disputes and their resolution. **Journal of Economic Literature**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/4722380_Economic_Analysis_of_Legal_Disputes_and_Their_Resolution>. Acesso em 4 de agosto de 2018.

CUNHA, Luciana Gross. **Juizado Especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008.

DA SILVA, Fernando Cesar Nimer Moreira. Conciliação Cível em Primeira Instância em São Paulo: perspectiva da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, vol. 2, n.º 1, 2011.

DAVIS, Morton D. **Teoria dos Jogos**: uma introdução não-técnica. São Paulo: Cultrix, 1973.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe e DEFFAINS, Bruno. Uncertainty of Law and the Legal Process. Disponível em: <https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working-_papers/05-39.pdf>. Acesso em 3 de março de 2019.

DEVLIN, Alan. **Fundamental Principles of Law and Economics**. London: Routledge, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value. **Journal of Legal Studies**. Vol. 9, 1980.

_____. **El Imperio de la Justicia**. Barcelona: Gedisa, 1988.

ECO, Umberto. **O Signo**. 6ª ed. Barcarena: Editorial Presença, 2004.

_____. **O Nome da Rosa**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

_____. **Interpretação e Superinterpretação**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Os Limites da Interpretação**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

EINHORN, Hillel J. e HOGARTH, Robin M. Behavioral Decision Theory: Processes of Judgment and Choice. **Journal of Accounting Research**. Vol. 9, n.º 1, 1981. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2490959?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

FARMER, Amy e PECORINO, Paul. Pretrial Negotiations with asymmetric information. **International Review of Law and Economics**. Vol. 14, 1994.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno e BÊRNI, Duílio de Ávila. Sobre o Estatuto Epistemológico da Racionalidade Econômica segundo Karl Popper. **Estudos Econômicos**. São Paulo, Vol. 44, n.º 4, out-dez 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FISH, Stanley. **Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities**. Cambridge: Harvard University Press.

FON, Vincy e PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. **International Review of Law and Economics**. Vol. 26, 2006.

FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. 8ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

FRIEDMAN, David D. **Law's Order: what economics has to do with Law and why it matters**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

FRIEDMAN, Milton e SAVAGE, L. J. The utility analysis of choices involving risk. **The Journal of Political Economy**. Chicago: Chicago University Press. Vol. LVI. N.º 4. Aug. 1948. pp. 279-304.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and Methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2005.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. Vol. 1. N.º. 01. Jan-Jun, 2010.

_____. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. **Revista Direito GV**. São Paulo. Vol. 9(2), 2013.

_____. **The Tragedy of the Judiciary**. Trabalho apresentado no Summer Institute in Law and Economics da University of Chicago Law School, Chicago, 2018.

GINTIS, Herbert. **The Bounds of Reason**: game theory and the unification of the behavioral sciences. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

GOULD, John P. The Economics of Legal Conflicts. **The Journal of Legal Studies**. Chicago: Chicago University Press. Vol. 2, n.º 2 (Jun., 1973). pp. 279-300.

GROSS, Samuel R. e SYVERUD, Kent D. Getting to No: a study of settlement negotiations and the selection of cases for trial. **Michigan Law Review**, 90 (1991). p. 319-393.

GUIBOURG, Ricardo *et al.* **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HAMMOND, Andrew. Pleading Poverty in Federal Court. **Yale Law Journal**. Vol. 128, Abril de 2019 (inédito).

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**. Vol. 162, n.º 3859, 1968.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAY, Bruce L. e SPIER, Kathryn E. Settlement of Litigation. *In: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 3. London: Macmillan Reference Limited, 1998.

HAYAKAWA, S. I. **Language in thought and action**. London: George Allen & Unwin Ltd, 1952.

HIRSCH, E. D. Jr. **Validity in Interpretation**. New Haven: Yale University Press, 1967.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes**. New York: Norton & Company, Inc, 1999.

HUBBARD, William H. J. Sinking costs to force or deter settlement. **The Journal of Law, Economics and Organization**. Vol. 32, n.º 3, 2015

HUGHES, James W. e SNYDER, Edward. Allocation of litigation costs: American and English rules. *In: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 3. London: Macmillan Reference Limited, 1998.

HUMBERSTONE, I. L. Direction of fit. **Mind**. Vol. 101, 401, January 1992. Oxford University Press, 1992.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Educação 2017**. Disponível em: <https://biblioteca.ib-ge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf>. Acesso em 7 de março de 2019.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 8ª ed. São Paulo: Cultrix, 1989.

JAPIASSU, Hilton. **Nem tudo é relativo. A Questão da Verdade**. São Paulo: Editora Letras & Letras, 2000.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça. *In*: _____ (Org.). **Uma Teoria da Justiça para o Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty. **Journal of Risk and Uncertainty**. Vol. 5, 1982.

_____. Choices, Values, and Frames. **American Psychologist**. Vol. 39, n.º 4, 1984.

_____. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**. Vol. 47, n.º 2, Mar., 1979.

_____. Rational Choice and the Framing of Decisions. **The Journal of Business**. Vol. 59, n.º 4, 1986.

KAPLOW, Louis. Private versus social costs in bringing suit. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 15, n.º 2, 1986.

_____. KAPLOW, Louis. Shifting plaintiff's fees versus increasing damage awards. **The RAND Journal of Economics**. Vol. 24, n.º 4, 1993.

KATZ, Avery Wiener. **Foundations of the Economic Approach to Law**. San Francisco: LexisNexis, 2006.

_____. The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. **International Review of Law and Economics**. Vol. 10, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOROBKIN, Russell. Aspirations and Settlement. **Cornell Law Review**. Vol. 88, n.º 1, 2002.

KRUGMMAN, Paul e WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. **The Journal of Law and Economics**. Vol. 14, n.º 1, 1971.

LANDES, William M. e POSNER, Richard A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. **The Journal of Law & Economics**. Vol. 19, No. 2, 1976.

_____. Adjudication as a Private Good. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 8, n.º 2.

LANDSBURG, Steven E. **The Armchair Economist: economics & everyday life**. New York: Free Press, 2012. São Paulo: Elsevier, 2015.

LANGER, Susanne K. **Introduction to symbolic logic**. 3ª ed. Nova Iorque: Dover, 1967.

LEE, Rex E. The American Courts as Public Goods: who should pay the costs of litigation. **Catholic University Law Review**. Vol. 34, n.º 2, 1985.

LEVITT, Stephen D. e DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. 7ª ed.

LEVITT, Steven; GOOLSBEE, Austan e SYVERSON, Chad. **Microeconomia**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LIPSEY, Richard G. **Introdução à economia positiva**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

LISBOA, Marcos de Barros e LATIF, Zeina Abdel. **Democracy and Growth in Brazil**. Disponível em: <http://inctpped.ie.ufrj.br/spiderweb/dymask_5/5.3-10S%20Lisboa%20Latif.pdf>. Acesso em 6 de março de 2019.

_____. LISBOA, Marcos de Barros. **A Miséria da Crítica Heterodoxa. Primeira Parte: sobre as críticas**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/rec/REC%201/REC_1.2_01_A_miseria_da_critica_heterodoxa_primeira_parte_sobreas-criticas.pdf>. Acesso em 23 de março de 2019.

LOEWENSTEIN, George; *et al.* Self-serving assessments of fairness and pretrial bargaining. **Journal of Legal Studies**. Chicago: Chicago University Press. Vol. XXII, 1993. pp. 135-159.

MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARCELLINO JR., Júlio César. **Análise Econômica do Acesso à Justiça: A Tragédia dos Custos e a Questão do Acesso Inautêntico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENELL, Peter S. A note on private versus social incentives to sue in a costly legal system. **Journal of Legal Studies**. Vol. 12, 1983.

MENNE, Albert. **Introducción a la lógica**. 3ª ed. Madrid: Gredos, 1979.

MICELI, Thomas J. **The Economic Approach to Law**. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 2009.

_____. **Economics of the Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

MICELI, Thomas e SEGERSON, Kathleen. Contingent fees for lawyers: the impact on litigation and accident prevention. **Journal of Legal Studies**. Vol. 20, 1991.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana: um tratado de economia**. Campinas: Vide Editorial, 2015.

MNOOKIN, Robert J. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. **The Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 8, n.º 2, 1993.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tomo IV. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. **Revogação em matéria tributária**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **Classificação dos tributos** (uma visão analítica). Texto complementar da disciplina Teoria Geral da Norma Processual, do curso de mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, [20--].

_____. Argumentação Consequencialista na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários**. São Paulo: Noeses, 2009.

NAGEL, Ernerst e NEWMAN, James R. **Gödel's Proof**. New York: New York University Press, 2001.

NORTH, Douglas C. **Transaction Costs, Institutions, and Economic History**. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Vol. 140, n.º 1, 1984.

_____. **Institutions, Institutional Change nad Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 2017.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno M. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 262, jan/abr. 2013.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PESSOA, Samuel. **Características estruturais da economia brasileira**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16832/Caracter%C3%ADstic-as-%20Estruturais%20da%20Economia%20Brasileira%20-%20Samuel%20Pessoa.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2019.

PETERSON, Martin. **An Introduction to Decision Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PIERCE, Charles S. The Fixation of Belief. **Popular Science Monthly**. Vol. 12. November, 1877. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/peirce-charles-fixation-belief.pdf>>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

PIGNANELI, Guilherme da Costa Ferreira e GONÇALVES, Oksandro. Análise Econômica da gratuidade da justiça: do amplo acesso à justiça à crise do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 26, n.º 103, 2018.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio S. de; TONETO JR., Rudinei. **Manual de Economia**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Os limites à interpretação das normas tributárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PLATTS, Mark. **Ways of Meaning**. London: Routledge and Kegan Paul, 1979.

POLINSKY, A. Mitchell. **An Introduction to Law and Economics**. 4th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

POLINSKY, A. Mitchell e ROBINFELD, Daniel L. Sanctioning frivolous suits: an economic analysis. **The Georgetown Law Journal**. Vol. 82, 1993.

_____. Optimal awards and penalties when the probability of prevailing varies among plaintiffs. **The RAND Journal of Economics**. Vol. 27, n.º 2, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1996.

_____. Models, instruments, and truth. *In*: POPPER, Karl. **The Myth of the Framework**: in defense of science and rationality. London: Routledge, 1996.

POSNER, Richard A. An Economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**. Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 2, No. 2 (Jun., 1973).

_____. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**. vol. 53, n. 4, 1975.

_____. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. **Journal of Legal Studies**. Vol. 8, 1979.

_____. **The Problems of Jurisprudence.** Cambridge: Harvard University Press, 1990.

_____. **Economic Analysis of Law**. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

PRIEST, George L. e KLEIN, Benjamin. Selection of disputes for litigation. **Journal of Legal Studies**. Chicago: Chicago University Press. Vol. 1. N.º 13, 1984. pp. 1-55.

PRISSET, George L. Private litigants and the Court Congestion Problem. **Boston University Law Review**. Vol. 68, 1989.

P'NG, I. P. L. Strategic Behavior in Suit, Settlement, and Trial. **The Bell Journal of Economics**. Vol. 14, n.º 2, 1983.

RASMUSEN, Eric. B. **Nuisance Suits**. Disponível em: <http://www.rasmusen.org/published-Rasmusen_98.BOOK.nuisance.pdf>. Acesso em 5 de março de 2019.

RICOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. Lisboa: Edições 70, 1976.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. Auburn: Mises Institute, 2007.

ROBLES, Gregório. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Madrid: Debate, 1996.

ROSENBERG, David e SHAVELL, Steven. A model in which suits are brought for their nuisance value. **International Review of Law and Economics**. Vol. 5, n. 1, 1985.

SALAMA, Bruno; CARLOTTI, Danilo e YEUNG, Luciana. **Quando litigar vale mais a pena do que fazer acordo: os grandes litigantes na Justiça Trabalhista**. Disponível: <<http://www.observatorioderechosocial.com.br/artigos/Quando-litigar-vale-mais-a-pena-do-que-fazer-acordo-os-grandes-litigantes-na-Justica-Trabalhista>>

s://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/LitigarXFazer-Acordo-Justica-Trabalhist-a.pdf>. Acesso em 7 de março de 2019.

SAMUELSON, Paul e NORDHAUS, William D. **Economia**, 19ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

SANDEFUR, Rebecca L. Access to what. **Daedalus, the journal of the American Academy of Arts & Science**. Vol. 148, n.º 1, 2018.

SAUSSURRE, Ferdinand. **Curso de linguística geral**. 28ª ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SEARLE, John. **Speech acts: an essay in the philosophy of language**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

_____. Literal Meaning. **Erkenntnis**. New York: Springer, 1978. 13.

_____. **The Constitution of Social Reality**. New York: The Free Press, 1985.

_____. **Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo atual**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

_____. **Expressão e Significado: estudos da teoria dos atos de fala**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. Suit versus Settlement When Parties Seek Nonmonetary Judgments. **The Journal of Legal Studies**, Vol. 22, No. 1 (Jan., 1993), pp. 1-13.

_____. Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs. **Journal of Legal Studies**. Vol. 11, n.º 1, 1982.

_____. The Level of Litigation: Private versus Social Optimality of suit and Settlement. **International Review of Law and Economics**. Vol. 19, 1999.

SHERWOOD, Robert M., SHEPHERD, Geoffrey e SOUZA, Celso Marcos de. Judicial systems and economic performance. **The Quaterly Review of Economics and Finance**. Vol. 34, Speci-al Issue, 1994.

SINCHES, Luís Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 12ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1997. 1997.

SMITH, Michael. The Humean Theory of Motivation. **Mind**. Vol 96 (381), 1987. Disponível em: <<https://academic.oup.com/mind/article-abstract/XCVI/381/36/946058?redirectedFrom=PDF>>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

SNYDER, Edward A. e HUGHES, James W. The English rule for allocating legal costs: evidence confronts theory. **Journal of Law, Economics and Organization**. Vol. 6, 1990. p. 354.

SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell A. e SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. Vol. 1. Amsterdam: North-Holland, 2007.

STEBBING, L. Susan. **Introducción a lógica moderna**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

STIGLITZ, Joseph E. e WALSH, Carl E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

STORDEUR, Eduardo. **Análisis Económico del Derecho**: una introducción. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Para Além da Retórica, uma Hermenêutica Jurídica não relativista. In: LEITE, George Salomão e STRECK, Lênio Luiz (Coord.). **Interpretação, Retórica e Linguagem**. Salvador: Juspodivm, 2018.

SUASSUNA, Ariano. **O Santo e a Porca**. 26ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2012.

RACHLINSKI, Jeffrey J. Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. **Cornell Law Faculty Publications**. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1754&context=facpub>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

TARSKI, Alfred. **Introducción a la lógica**. 3ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1977.

TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XV, n.º 52, 2011.

TRIOLA, Mário F. **Introdução à Estatística**. 10ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

VELASCO, Marina. Hume, as Paixões e a Motivação. **Analytica Revista de Filosofia**. Vol. 6. N.º 2. 2001-2002. p. 56. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/analytica/article/view/465/422>>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

VILANOVA, Lourival. **Sôbre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

_____. Norma jurídica – proposição jurídica (significação semiótica). In: **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, 1982. 61:12-33.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Notas para um Ensaio sobre a Cultura. In: **Estudos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003.

_____. **As Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WARAT, Luís Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick e JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação**. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 48.

WEBER, Max. **The Theory of Social and Economic Organization**. New York: Free Press, 1947.

WEINSTEIN, Neil D. Unrealistic Optimism About Future Life Events. **Journal of Personality and Social Psychology**. Vol. 39, n.º 5, 1980.

WIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: RT, 2019.

WILLIAMS, Gerald R. **Legal negotiation and settlement**. Eagan: West Group, 1983.

WONNACOTT, Paul e WONNACOTT, Ronald. **Economia**. 2ª ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

WRIGHT, Crispin. **Truth and Objectivity**. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

YILDIZ, MUHAMET. Bargaining with Optimism. **Annual Review of Economics**. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-economics-061109-080334>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

ZANETI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **A Constitucionalização do Processo**: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.